Der Widerruf des Testamentes

nach den Bestimmungen der §§ 2253—2257 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Julius Kieß
Referendar in Leipzig.

Borna - Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Allgemeiner Teil 3

1. Das Prinzip der freien Widerruflichkeit des Testaments 3

a) Unwirksamkeit einseitiger Beschränkungen 3

b) Unwirksamkeit vertragsmäßiger Beschränkungen 4

2. Der Widerruf — eine letztwillige Verfügung . 12

III. Spezieller Teil 21

A. Kurze Übersicht über den Widerruf des Testamentes nach römischem und gemeinem Rechte 21

1. Widerruf in Testamentsform 21

2. Widerruf durch Vornahme von Vernichtungshandlungen an dem Testamente 23

3. Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll 24

B. Das moderne Recht 24

a) Der Widerruf in Form letztwilliger Verfügungen 24

1. Form.

2. Inhalt.

3. Wirksamkeit.

4. Wirkung.

5. Widerruf des Widerrufs.

Seite

b) Der Widerruf durch Handlungen . . . 35
1. Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder Vornahme von Veränderungen an ihr 35
α) Anwendungsfälle.
β) Das Widerrufsgeschäft.
I. Die objektive Seite.
II. Die subjektive Seite.
2. Der Widerruf durch Rückgabe der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung 50
α) Rückgabe nach § 2246 BGB. verwahrter Testamente.
I. Allgemeines.
II. Das Verlangen des Erblassers.
III. Die Rückgabe an den Erblasser persönlich.
β) Rückgabe nach § 2248 BGB. verwahrter Testamente.
c) Der Widerruf des Widerrufs 72
1. Einleitung.
2. Anwendungsfälle.
3. Form.
4. Inhalt.

IV. Schlußwort 81

Literaturverzeichnis.

Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl Hannover 1900.

Brock, Das eigenhändige Testament. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 3. Aufl. Jena 1901.

Corpus juris civilis, Institutiones, recognovit Paulus Krueger, Digesta, recognovit Theodorus Mommsen editio stereotypa quarta. Berolini MDCCCLXXXVI.

Corpus juris civilis, codex Justinianus (recognovit Paulus Krueger) editio stereotypa quarta. Berolini MDCCCLXXXVIII.

Dernburg, Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 5. Halle 1905.

Eichhorn, Das Testament. 4. Aufl. Berlin 1900.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 3.—5. Aufl. Berlin 1899.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 41. Jahrg. 4. u. 5. Heft. 6. Folge. Berlin 1897.

Hallbauer, Das neue Testamentenrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Leipzig 1900.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. Berlin 1901.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. 2. Berlin 1900.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1900.

Meyer, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 5. Lieferung. Marburg 1905.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsrechts über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.

Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl. Bd. 2. München 1904.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Bd. 5. Berlin 1899.

Neumann, Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1905.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. Berlin 1902.

Pelargus, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Stuttgart 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 5: Erbrecht, erläutert von Ritgen. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902.

Puchta, System und Geschichte des römischen Privatrechts. 10. Aufl. Leipzig 1893.

Scherer, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erlangen 1900.

Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Sohm, Institutionen. 11. Aufl. Leipzig 1903.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 5: Erbrecht, erläutert von Dr. Herzfelder. 2. Aufl. München 1906.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Wilke, Reatz, Koffka, Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit Kommentar in Anmerkungen. Bd. 5. Berlin 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3, erläutert von Kipp. 9. Aufl. Frankfurt 1906.

I. Einleitung.

Zu den vornehmsten Rechten, die uns nach den ältesten Gesetzgebungen wie nach dem heutigen Rechte eingeräumt sind, gehört unstreitig die Befugnis, noch über den Tod hinaus Bestimmungen mit voller Rechtswirksamkeit zu treffen. Das Gesetz hat dem Erblasser die verschiedenartigsten Möglichkeiten gegeben, seinem letzten Willen Ausdruck zu verleihen. Die Verfügungen von Todeswegen, durch die dies geschieht, können sowohl einseitige als auch vertragsmäßige sein. Der Oberbegriff „Verfügungen von Todeswegen" deutet darauf hin, daß wir es mit Verfügungen zu tun haben, für deren Wirksamwerden der Tod des Erblassers notwendige Voraussetzung ist. Die einseitigen Verfügungen von Todeswegen, von denen lediglich die Rede sein soll, sind einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, die erst mit dem Tode des Verfügenden Wirksamkeit erlangen. Es ist mithin schon im Wesen der letztwilligen Verfügung als einseitiger begründet, wie es auch eine logische Folge daraus ist, daß der Erblasser einseitig überhaupt rechtswirksam über seinen Nachlaß verfügen kann, daß ihm auch die Befugnis zustehen muß, die getroffenen Bestimmungen zu widerrufen. Denn der

Widerruf als solcher ist am Ende selbst wieder eine Verfügung von Todeswegen. Das Gesetz sagt ausdrücklich in § 2253 BGB.: „Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden". Dieser Satz entspricht der Rechtsauffassung der Dig. XXXIII l. IV, 4: „ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad supremum vitae exitum". Dasselbe besagte z. B. auch das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in § 2210 und das ALR. I, 12 § 563.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt in den §§ 2253 bis 2258 eine Anzahl von Bestimmungen für die Aufhebung von Testamenten. § 2258 enthält eine Bestimmung über die „Aufhebung" des früheren Testamentes durch die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen positiven Inhaltes. Es handelt sich um einen Widerruf im eigentlichen Sinne nicht. Wir werden uns daher im Folgenden lediglich mit den Vorschriften der §§ 2253—2257 befassen.

Was den Inhalt dieser Bestimmungen anlangt, so könnte man sie scheiden in einen allgemeinen Teil und einen speziellen Teil, wobei der allgemeine Teil sich auf § 2253 beschränkt, während die §§ 2254—2257 den speziellen Teil bilden.

II. Allgemeiner Teil.

I. Das Prinzip der freien Widerruflichkeit des Testaments.

a) Unwirksamkeit einseitiger Beschränkungen.

Die Befugnis des Erblassers, seine letztwillige Verfügung jederzeit widerrufen zu können, kann mit bindender Kraft weder von ihm selbst noch von anderen beschränkt werden.

Da logischerweise mit sich selbst niemand eine bindende Verpflichtung eingehen kann, so ist der Erblasser auch an eine im Testamente aufgenommene Bestimmung des Inhalts, daß ein späteres Testament nicht oder nur in bestimmter Form wirksam sein soll, eine sogen. derogatorische Klausel, nicht gebunden. Ein später errichtetes Testament ist vollwirksam, wenn es nur den allgemeinen Vorschriften über letztwillige Verfügungen entspricht.[1])

Auch ein einseitiger nicht im Testamente selbst erklärter Ausschluß des Widerrufs ist natürlich unwirk-

[1]) Möglich wäre allerdings, daß das nicht in der vorgeschriebenen oder ein in der ausgeschlossenen Form errichtetes Testament nur ein Entwurf für ein später noch zu errichtendes Testament ist, das den getroffenen Bestimmungen genügt. Man muß in allen Fällen den Willen des Erblassers zu erforschen suchen (s. Dernburg Bd. 5 § 25 II Anm. 2).

sam. Schon in den Digesten[2]) findet sich der Satz: „nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (scil. voluntate) ei recedere non liceat".[3])

b) Unwirksamkeit vertragsmäßiger Beschränkungen.

Eine andere Frage ist, welche Wirkung ein Vertrag haben würde, durch den sich der Erblasser verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen nicht aufheben zu wollen. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat auch einem dahingehenden Vertrage die Wirkung versagt. § 2302 BGB. bestimmt: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig". Das Bürgerliche Gesetzbuch hat durch die Aufnahme dieser Bestimmung eine gemeinrechtliche Streitfrage gelöst, da die Ansichten über die Gültigkeit der Verträge des Inhalts des § 2302 geteilt waren.[4])

[2]) 22 pr. Dig. XXXII.

[3]) Was die Selbstbeschränkung des Erblassers hinsichtlich der Form einer noch zu errichtenden letztwilligen Verfügung anlangt, so sprechen sich die Mot. z. BGB. Bd. 5 S. 8 dahin aus, daß es überflüssig sein würde, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, da es selbstverständlich sei, daß der Erblasser sich selbst nicht wirksam binden könne. Daß ein Erblasser auch an seine Erklärung, seine Verfügung von Todeswegen nicht widerrufen zu wollen, nicht gebunden sei, gehe schon aus §§ 2253 (§ 1753 Abs. 2 1. Entw.) u. 2302 (§ 1754 1. Entw.) deutlich hervor.

[4]) Windscheid-Kipp 9. Aufl. Bd. 2 §§ 529 Anm. 4 u. 564

Schon in § 137 sagt das Bürgerliche Gesetzbuch, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden könne. Der Vertragschließende, zu dessen Ungunsten der Vertrag geschlossen worden ist, kann also nach wie vor über das Recht verfügen. Was hingegen die obligatorische Seite dieser Verträge anlangt, so sagt das Gesetz in Satz 2 des zitierten Paragraphen, daß die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, durch die Vorschrift des Satz 1 nicht berührt werde.

Es besteht also nach wie vor für den Versprechenden im Falle der Zuwiderhandlung gegen den Vertrag eine Ersatzpflicht; es würde mithin eine Vertragsstrafe, die für den Fall der Nichtbefolgung des Vertrags vereinbart ist, verwirkt sein.

Eine Konsequenz aus Satz 1 des § 137 BGB. ist die Bestimmung des § 2302 BGB. Der Paragraph könnte deshalb, wie die Motive[5]) sagen, entbehrlich erscheinen, wenn er nicht zugleich eine Abweichung von Satz 2 des § 137 wäre, insofern als er von vornherein die Nichtigkeit solcher Verträge bestimmt. Mit dem Worte „nichtig“ ist die völlige Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts von Anfang an gekennzeichnet. War der Vertrag nach § 137 wenn auch nicht dinglich, so doch obligatorisch wirksam,

Anm. 4 u. 5 spricht sich z. B. im Hinblick auf die Zulassung der Erbverträge auch für die Wirksamkeit solcher Verträge aus.

[5]) Mot. Bd. 5 S. 8.

so entfällt beim Vertrage des § 2302 sowohl dingliche wie obligatorische Wirkung. Bei Zuwiderhandlung gegen einen solchen Vertrag würde mithin auch ein für diesen Fall auf eine Vertragsstrafe gehendes Versprechen nach § 344 unwirksam sein. Das Gesetz steht auf dem Standpunkte, daß eine persönliche Bindung des Erblassers im Sinne des § 2302 wider die guten Sitten verstoßen würde, und daß die Freiheit des Erblassers hinsichtlich der Verfügung über seinen Nachlaß und die Erbfolge ein unverzichtbares, unveräußerliches Recht ist.[6] [7] [8] Erwähnt werden muß noch, daß an der Wirksamkeit eines in der vorgeschriebenen Form der Erbverträge (§ 2276 BGB.) zwischen dem Erblasser und einem testamentarisch berufenen Erben geschlossenen Vertrags nicht gezweifelt werden kann, wenn sich die Parteien nur in der Bezeichnung dieses Vertrages geirrt haben und

---

[6] Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 1 zu § 2302.

[7] Nach Ansicht des OLG. Kiel ist § 2302 BGB. wegen seines Prohibitivcharakters auch auf vor dem 1. 1. 1900 abgeschlossene Verträge anwendbar (Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 290).

[8] Die Vorschrift des § 2302 war schon im Entwurfe erster Lesung vorhanden. Sie wurde auch bei der zweiten Lesung aufrecht erhalten, nur mit dem Unterschiede, daß der Ausdruck „letztwillige Verfügung“ durch den weiteren Begriff „Verfügung von Todeswegen“ ersetzt wurde. Der bei der zweiten Lesung gemachten Einwendung, der Erbvertrag begründe doch eine Verpflichtung, nicht letztwillig zu verfügen, wurde entgegengehalten, daß hier nur an obligatorische Verträge gedacht sei (Prot. der 2. Kommission S. 6579 u. 7400).

in Wahrheit auch einen Erbvertrag haben schließen wollen.[9])

Eine andere Frage ist dagegen, wenn zwar beim Vertragsschlusse die Form des Erbvertrages beobachtet, der Abschluß eines Erbvertrags als solcher jedoch nicht beabsichtigt war.

Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch besagte[10]): „Ein Vertrag, durch welchen der Erblasser auf das Recht, seinen letzten Willen zu widerrufen, verzichtet, ist nichtig, ausgenommen, wenn derselbe in den für Erbverträge bestimmten Formen geschlossen worden ist".

Diesen, wie im sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch, so auch in einzelnen anderen Landesrechten ausgesprochenen Standpunkt suchen einige Schriftsteller auch für das heutige Recht beizubehalten.

Mommsen sagt[11]): „Ein Vertrag, durch welchen der Erblasser auf das Recht, sein Testament zu widerrufen, verzichtet, ist nichtig, ausgenommen, wenn derselbe nach Maßgabe der für die Erbverträge geltenden Bestimmungen als ein gültiger Erbvertrag anzusehen ist". Die Motive hierzu führen aus: „Der Vertrag, durch welchen der Erblasser auf den Widerruf des von ihm errichteten Testaments verzichtet, ist ein Erbvertrag, welcher die Bestimmungen des Testamentes zum Inhalt

---

[9]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 18 Anm. 10.

[10]) Sächs. BGB. § 2213.

[11]) Mommsen, Entwurf § 163.

hat. Ob ein solcher Vertrag gültig ist, hängt von den Vorschriften über die Erbverträge ab".

Schiffner[12]) sagt: „Namentlich kann sich der Vertrag des Erblassers mit dem von ihm testamentarisch Eingesetzten, worin jener auf den Widerruf der Einsetzung verzichtet, als ein — konservativer — Erbvertrag ergeben".

Auch Windscheid-Kipp[13]) führt aus: „Die Möglichkeit, daß ein Vertrag des Erblassers, durch welchen er auf den Widerruf verzichtet, sich als Erbvertrag herausstellt, ist anzuerkennen". Hierzu Anm. 5: „Es wird durch einen solchen Vertrag der Inhalt des Testamentes wiederholt und zur vertragsmäßigen Geltung gebracht". Im gleichen Sinne entscheidet Staudinger.[14])

Planck[15]) bestreitet diese Ansicht und sagt: „Die im bisherigen Rechte (z. B. § 2213 sächs. BGB.) teilweise gleichfalls anerkannte Möglichkeit, das Versprechen, eine letztwillige Verfügung nicht widerrufen zu wollen, als Erbvertrag aufrecht zu erhalten, ist für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht anzuerkennen, weil der Erbvertrag seinen Inhalt nicht aus einer anderen nur in Bezug genommenen Verfügung entnehmen kann".

Ebenso Meyer[16]): „Die Meinung einzelner Schrift-

---

[12]) Schiffner S. 60 Anm. 17.

[13]) Windscheid-Kipp 9. Aufl. Bd. 3 Nr. 564 m. Anm. 5.

[14]) Staudinger 2. Aufl. Bd. 5 Anm. 2 zu § 2278.

[15]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 2 zu Nr. 2302.

[16]) Meyer Anm. 4 zu § 49.

steller, daß ein Vertrag, durch den der Erblasser auf den Widerruf des Testaments verzichtet, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie nach einzelnen bisherigen Rechten (z. B. § 2213 sächs. BGB.) als Erbvertrag wirken könne, ist nicht zu billigen, denn so wenig der Inhalt eines Testaments ganz oder teilweise durch Verweisung auf eine andere nicht in Testamentsform errichtete Urkunde bestimmt werden kann, so wenig kann der Erbvertrag seinen Inhalt aus einer anderen nicht in Erbvertragsform errichteten Urkunde entnehmen".

Die Beantwortung dieser Frage wird von Bedeutung werden, wenn die Ungültigkeit eines solchen Vertrags behauptet wird.

Es ist hier vor allen Dingen zu scheiden zwischen der ausdrücklichen Aufnahme einer schon bestehenden letztwilligen Verfügung in einem in Erbvertragsform geschlossenen Vertrage — d. h. das Testament wird unmittelbarer Bestandteil des Erbvertrags — und der bloßen Verweisung auf eine solche. Es ist ohne weiteres zulässig, daß der Erblasser eine frühere letztwillige Verfügung in einem solchen Vertrage ausdrücklich als vertragsmäßige aufnimmt. Dies wäre Voraussetzung zur Wirksamkeit eines Vertrages der oben S. 7 zu Anm. 9 geschilderten Art, d. h. daß die Parteien sich nur in der Bezeichnung des in Erbvertragsform geschlossenen Vertrags geirrt haben, tatsächlich einen Erbvertrag aber haben schließen wollen. Hier handelt es sich um einen vollwirksamen Erbvertrag. Es sei hier hervorgehoben,

daß das frühere Testament damit keineswegs unwiderruflich geworden ist. Dies würde der Bestimmung des § 2253 Abs. 1 entgegenlaufen. Die frühere Verfügung von Todeswegen ist im Gegenteil durch ihre wirksame Aufnahme im Erbvertrage zur vertragsmäßigen geworden und hat aufgehört, eine letztwillige zu sein.[17])

Anders steht es mit der bloßen Verweisung auf ein Testament. Dies würde der Fall sein, wenn der Erblasser einen in der für Erbverträge vorgeschriebenen Form gehaltenen Vertrag dahin schließen würde, daß er lediglich erklärt, eine nur bezeichnete letztwillige Verfügung nicht widerrufen zu wollen. Wir leugnen im Einklange mit den für die Verwerfung der Wirksamkeit eines solchen Vertrages genannten Schriftstellern die Gültigkeit desselben gestützt auf die Motive,[18]) die eine solche Verweisung auf den Inhalt eines schon bestehenden Testaments aus den gleichen Gründen verwerfen wie das testamentum mysticum.

Abgesehen davon, daß man bei der Aufsuchung der gemeinten Urkunde auf Schwierigkeiten stoßen könnte, da für ihre Existenz ebensowenig wie für die Durchführbarkeit ihres Inhaltes Garantieen geboten sind, handelt es sich nur um eine neue, höchst umständliche Fixierung des letzten Willens, deren Aufkommen das Gesetz durch seine mannigfachen dem Erblasser eingeräumten Mög-

---

[17]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 I.

[18]) Mot. Bd. 5 S. 313/14.

lichkeiten, von Todeswegen zu verfügen, gerade hat vermeiden wollen. Weiter würde dadurch dem Zwecke entgegengearbeitet werden, den das Gesetz durch die strengen Vorschriften hinsichtlich der Form der Errichtung von Verfügungen von Todeswegen zu erreichen gesucht hat. Durch die Vorschrift, den Erbvertrag vor einem Richter oder einem Notar unter Beobachtung der Vorschriften der §§ 2233—2245 BGB. zu schließen, soll mit in erster Linie das erreicht werden, daß der Ratschlag der hinzugezogenen juristisch gebildeten Personen den Erblasser daran hindern soll, leichtsinnige Bestimmungen zu treffen, für deren Aufhebung weit weniger günstige Vorschriften existieren, wie für einseitige Verfügungen von Todes wegen. Man nehme nun an, daß auf die Bestimmungen eines holographischen Testaments Bezug genommen wird. Da nach der hier verworfenen Ansicht die Bestimmungen als im Erbvertrage getroffen anzusehen sind, so hat der Erblasser später nicht die Widerrufsmöglichkeit, falls ihn diese Bestimmungen gereuen sollten.[19])

Man könnte hier zwar einwenden, daß dieselben Formvorschriften wie für Errichtung eines Erbvertrags doch auch bei dem vor dem Richter oder Notar errichteten Testamente Anwendung finden, und daß dann keine Bedenken obwalten könnten, auf dieses Testament Bezug zu nehmen. Dem ist aber doch entgegenzuhalten,

---

[19]) §§ 2290 ff. BGB.

daß es sich immer, solange sie nur testamentarische waren, um Bestimmungen handelte, die jederzeit frei widerruflich waren; durch die Bezugnahme im Erbvertrage sind sie aber den strengen Vorschriften über vertragsmäßige Bestimmungen[20]) unterworfen worden, ohne daß eine nochmalige genaue Nachprüfung, die bei der erwähnten ausdrücklichen Aufnahme im Vertrage möglich gewesen wäre, mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit ihres einseitigen Widerrufs stattgefunden hätte.

2. Der Widerruf — eine letztwillige Verfügung.

Das Gesetz kennt keinen Widerruf eines Testamentes durch formlose Erklärung. Es sind vielmehr für den Widerruf bestimmte Vorschriften in den §§ 2254—2256 BGB. gegeben.

Sämtliche drei Arten des Widerrufs werden vom Gesetze als letztwillige Verfügungen behandelt, obgleich sie es im engeren Sinne nicht sind.

Man kann an sich von einer letztwilligen Verfügung im engeren Sinne nicht sprechen, wenn durch die Verfügung lediglich dem Platzgreifen der Bestimmungen Raum geschaffen wird, die nur dann in Kraft treten, wenn eben eine letztwillige Verfügung über den Nachlaß oder einen Teil desselben nicht vorhanden ist.

Beim nackten Widerruf in Testamentsform, der

[20]) §§ 2290 ff. BGB.

Vernichtung oder Rücknahme des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung z. B. greifen die Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge Platz.

Der Erblasser setzt keineswegs durch diese Verfügungen seine gesetzlichen Erben ein. Das Gesetz bestimmt vielmehr in §§ 1924 ff. die Personen, die gerade beim Nichtvorhandensein einer Verfügung von Todeswegen zur Erbfolge gelangen.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß der lediglich negativ wirkende Widerruf von der gleichen Bedeutung für die Erbfolge und die Behandlung des Nachlasses ist als das positive, den Bestimmungen des früheren Testamentes widersprechende Verfügungen treffende Testament des § 2258 BGB., eben weil er eine andere Behandlung des Nachlasses und eine andere Erbfolge, als ursprünglich durch die letztwillige Verfügung bestimmt war, im Gefolge hat.

Die verneinende — d. h. positive für den Todesfall getroffene Bestimmungen aufhebende — und die bejahende — anderen Vorschriften Raum gebende — Seite lassen sich voneinander nicht trennen.

Die drei Arten des Widerrufes werden deshalb vom Gesetze wie letztwillige Verfügungen behandelt, und die für diese geltenden allgemeinen Vorschriften über Testierfähigkeit, Anfechtung, Unwirksamkeit, Nichtigkeit usw. finden entsprechende Anwendung auf den Widerruf des Testaments.[1])

[1]) §§ 2064 ff. BGB.

Wir müssen an dieser Stelle des näheren auf die Widerrufsfähigkeit eingehen, da das Gesetz für den Widerruf eine mit den allgemeinen Bestimmungen über Fähigkeit zur Testamentserrichtung im Widerspruch stehende Vorschrift gegeben hat.

Fähig zum Widerruf der §§ 2254—2256 ist an sich nur, wer testierfähig ist. Der Geschäftsunfähige kann überhaupt nicht positiv letztwillig verfügen, ebensowenig eine Person, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Ein Minderjähriger über 16 Jahren kann hingegen ein Testament errichten, und zwar ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.[2])

Eine Ausnahme von diesen auch für den Widerruf in Kraft bleibenden Bestimmungen enthält § 2253 Abs. 2. Im Gegensatz zu § 2229 bestimmt der Paragraph, daß ein wegen Geistesschwäche,[3]) Trunksucht oder Verschwendung Entmündigter am Widerrufe eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes nicht gehindert sei.[4]) Einer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedarf der Entmündigte nicht.[5])

---

[2]) § 2229 BGB., vgl. aber § 2247 BGB.

[3]) Nicht Geisteskrankheit (s. Hallbauer 2. Aufl. 12, 1 S. 39).

[4]) § 2253 Abs. 2 sagt: Die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht steht dem Widerrufe eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes nicht entgegen. Ähnliche Bestimmungen enthielten das sächs. BGB. § 2210 Satz 2 und ALR. I, 12 § 565.

[5]) Hallbauer 2. Aufl. 12, 1 S. 39.

Man kann dem Gesetzgeber nicht schlechthin den Vorwurf machen, daß er mit der Aufnahme des § 2253 Abs. 2 sich, wie es scheinen will, einer Inkonsequenz schuldig gemacht habe. Was den nackten Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes anlangt, so ist, soweit durch den Widerruf die gesetzliche Erbfolge wieder zur Geltung kommt, auf die Motive Mommsens zu seinem im Entwurfe gemachten Vorschlage zu verweisen.[6])

Mommsen führt aus: Die Gründe, weshalb die Handlungsfähigkeit der in Frage kommenden Personen beschränkt wird, beziehen sich nur auf die Dispositionen unter Lebenden. Wenn ihnen auch die Testierfähigkeit entzogen wird, so hat dies seinen Grund in der naheliegenden Besorgnis, daß sie die Testierfähigkeit mißbrauchen werden, um zum Nachteile der gesetzlichen Erben die Genossen ihres in Frage gestellten Lebenswandels oder Zustands zu bedenken, oder um sich an denjenigen zu rächen, die den Antrag auf Entmündigung gestellt haben. Es handelt sich also im wesentlichen um einen Schutz der gesetzlichen Erben. Diese Rücksicht kann aber bei der Frage, ob dem Verschwender das Recht des Widerrufes einzuräumen ist, nicht eintreten, weil die Aufhebung des früheren Testamentes ja eben zur Folge hat, daß die gesetzliche Erbfolge eintritt.

---

[6]) Mommsen § 164 Entw.

Das von Endemann[7]) geäußerte Bedenken, der Entmündigte werde sein Widerrufsrecht zum Nachteile derer mißbrauchen, die den Antrag auf Entmündigung gestellt haben, kann man nicht für gerechtfertigt erklären, soweit es sich nur darum handelt, daß der Entmündigte den Nachlaß dem Schicksale überläßt, das ihn mangels anderweiter Verfügungen kraft Gesetzes trifft. Unter den Gesetzeserben werden aber auch zumeist die sein, die den Antrag auf Entmündigung gestellt haben.[8])

Eine andere Frage ist es allerdings, wenn der Entmündigte einem nach § 2258 Abs. 1 aufgehobenen Testamente durch den Widerruf des späteren wieder Wirksamkeit verschafft.[9]) Damit ist dem Testierunfähigen allerdings die Möglichkeit zugesprochen, materiell testieren zu können. Denn die positiven Dispositionen des ersten Testamentes, die durch das zweite im Umfange des § 2258 Abs. 1[10]) aufgehoben worden waren, kommen gerade durch seinen Widerruf wieder zur

---

[7]) Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 50 Anm. 2 Abs. 2.

[8]) ZPO. § 646.

[9]) § 2258 Abs. 2 BGB.; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 4 zu § 2253.

[10]) § 2258 besagt: Durch die Errichtung eines Testamentes wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre.

Geltung. Man kann jedoch auch hier von keiner Inkonsequenz des Gesetzgebers sprechen. Denn das erste Testament entsprach als solches, was die Testierfähigkeit des Erblassers anlangt, zur Zeit der Errichtung in jeder Beziehung den für seine Wirksamkeit notwendigen Voraussetzungen. Der Testierunfähige ändert durch den nackten Widerruf des zweiten Testamentes nichts an der vom Testierfähigen errichteten letztwilligen Verfügung.[11])

Bedenklich kann die Befugnis des Entmündigten allerdings dann werden, wenn er nur einzelne im Testamente enthaltene letztwillige Verfügungen widerruft.[12])

Der Entmündigte ist dadurch in den Stand gesetzt, durch Herabsetzung von Vermächtnissen, Streichungen usw. eine so erhebliche Abänderung des Testamentes zu bewirken, daß man nicht umhin kann, in dem so teilweise „widerrufenen" Testamente eine materiell neue Verfügung von Todeswegen zu erblicken, die aber der Entmündigte formell nicht errichten darf. Es will scheinen, als ob der Gesetzgeber sich der Tragweite seiner Bestimmung in dieser Uneingeschränktheit nicht

---

[11]) Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 598, 599; Böhm 2. Aufl. S. 202 c a b, 560.

[12]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 II; Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358 Nr. 2, 2 (Beispiel I); Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2253 Erl. 4; Frommhold § 2253 Anm. 2.

bewußt gewesen ist, die seinem in § 2229 Abs. 3 dargelegten Willen nicht entsprechen kann.[13])

§ 2253 Abs. 2 hat zu einer Kontroverse zwischen einigen Schriftstellern geführt, und zwar handelt es sich um die Frage: Kann der Erblasser einen vor der Entmündigung erklärten Widerruf eines Testamentes mit positivem Inhalte während der Dauer der Entmündigung mit der Wirkung des § 2257 widerrufen?[14])

Die Frage wird von Dernburg, Planck-Ritgen und Cosack bejaht,[15]) von Strohal verneint.[16])

Es kommt hier lediglich der Widerruf nach § 2254 in Betracht, da der Widerruf nach §§ 2255, 2256 nicht widerrufen werden kann.

---

[13]) In Abs. 1 des § 2253 spricht das Gesetz von der Möglichkeit, ein Testament und eine einzelne in einem Testamente enthaltene letztwillige Verfügung widerrufen zu können, während Abs. 2 dem Entmündigten nur den Widerruf eines Testamentes freigibt. Peiser bestreitet die Möglichkeit, daß der Entmündigte auch eine einzelne in einem Testamente enthaltene Verfügung widerrufen könne, vielleicht um gerade die daraus entspringenden Folgen, wie im Text gezeigt, zu vermeiden (Peiser § 8 III, 1). Die weitergehende Einteilung des Abs. 1 erstreckt sich jedoch zweifellos auch auf den Abs. 2.

[14]) § 2257 bestimmt: Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre.

[15]) Dernburg Bd. 5 § 39 III a. E.; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 4 zu § 2253 BGB.; Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358 zu Anm. 5.

[16]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 Anm. 3 zu § 42 II.

Die Ansicht der für Bejahung der Frage sich aussprechenden Schriftsteller entspricht scheinbar dem Gesetzestext. § 2254 BGB. bestimmt: „Der Widerruf erfolgt durch Testament", während § 2257 BGB. besagt, daß der durch Testament erfolgte Widerruf wieder widerrufen werden könne. Da die Anwendung der Bestimmung des § 2253 Abs. 2 BGB. bei § 2257 BGB. nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, so müßte nach dem Wortlaute des Gesetzes auch dem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten der Widerruf des nackten Widerrufstestaments offenstehen.

Diese Entscheidung entspricht dem Gesetze, wie gesagt, aber nur scheinbar. Strohal führt mit Recht folgendes aus: Unter Widerruf im Sinne des § 2253 Abs. 2 ist nur eine nach der Entmündigung getroffene letztwillige Verfügung zu verstehen, durch die eine vor der Entmündigung errichtete letztwillige Verfügung positiven Inhalts aufgehoben wird, nicht dagegen der bloße Widerruf eines vor der Entmündigung erklärten Widerrufs. Den Beweis für seine Behauptung führt er auf Grund des auch von den Vertretern der entgegengesetzten Meinung ausdrücklich anerkannten Satzes, daß der vom Entmündigten nach der Entmündigung vorgenommene Widerruf während der Dauer der Entmündigung unwiderruflich ist. Hiernach müßte also auch der nach der Entmündigung erfolgte Widerruf des in die Zeit vor der Entmündigung fallenden Wider-

rufs unwiderruflich sein. Nun hat aber der Widerruf des durch Testament erfolgten Widerrufs zur Folge, daß das ursprüngliche Testament positiven Inhalts in gleicher Weise wirksam ist, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre, und ein solches Testament soll nach § 2253 Abs. 2 gerade nicht dem Widerrufe durch einen wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung Entmündigten entzogen sein. Strohal kommt auf Grund dieser Betrachtung zu dem Ergebnisse, daß die gegnerische Ansicht notwendigerweise zu einer Fehlentscheidung führen muß: „entweder zu der, daß der Entmündigte in unserem Falle ein vor der Entmündigung errichtetes Testament positiven Inhalts während der Dauer der Entmündigung nicht widerrufen kann, oder zu der, daß er während der Dauer der Entmündigung zwei letztwillige Verfügungen nacheinander treffen kann, von denen die zweite das direkte Gegenteil der ersten enthält". Die von Strohal vertretene, als richtig zu bezeichnende Ansicht vermeidet aber beide mit dem Wortlaute und der Absicht des Abs. 2 § 2253 unvereinbaren Entscheidungen.[17])

[17]) Ebenso Kipp zu Windscheid 9. Aufl. Bd. 3 S. 211 Ziff. 4.

II. Spezieller Teil.

A. Kurze Übersicht über den Widerruf nach römischem und gemeinem Rechte.

1. Widerruf in Testamentsform.

Ursprünglich kannte das römische Recht nur den Widerruf des Testamentes durch Errichtung eines neuen rechtsbeständigen Testamentes (testamentum jure perfectum). Das Haupterfordernis war, daß das Testament gültig errichtet und seine Wirksamkeit nicht von Anfang an ausgeschlossen war. Ohne Einfluß ist, wenn das Testament später ungültig oder nicht wirksam wird.[1])

Die Beseitigung des früheren Testamentes war eine endgültige, die sofort im Zeitpunkte der gültigen und wirksamen Errichtung des Testamentes eintrat. Das frühere Testament wurde nicht nur insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit ihm im Widerspruch stand,[2]) sondern schon die Existenz des späteren Testamentes machte das erste unwirksam, wenn sich

---

[1]) Ulpianus, Inst. II, 17 § 2: Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit; l. 16 Dig. XXVIII, 3.

[2]) vgl. hierzu § 2258 BGB.

also auch die Testamente miteinander inhaltlich vertrugen. Die Aufhebungsabsicht brauchte vom Erblasser im späteren Testamente nicht ausgedrückt zu sein.[3] [4]

Das spätere Testament mußte ein testamentum perfectum sein. War es imperfectum, so äußerte es grundsätzlich keine Wirkungen.[5] Eine Ausnahme wird aber dann gemacht, wenn der Erblasser, der die Solennisierung seines Testamentes begonnen hatte, an ihrer weiteren Ausführung nur unfreiwillig gehindert worden war und er durch dieses Testament seine Intestaterben einsetzte; hier wurden dann die Intestaterben berufen.[6]

Der Widerruf von Vermächtnissen konnte formlos

---

[3] Eine Ausnahme hiervon machten die Soldaten. Ihnen war es erlaubt, mehrere — auch formlose — Testamente nebeneinander zu errichten, ohne daß das spätere das frühere aufhob; l. 19 Dig. XXIX, 1.

[4] War jedoch im späteren Testamente die Absicht ausgesprochen, daß die Bestimmungen des früheren Testamentes fortbestehen sollten, so wurden diese, soweit sie keine Abänderung erfahren hatten, als fideikommissarische aufrechterhalten.

[5] In der klassischen Zeit galt ein testamentum als imperfectum, wenn nuncupatio und mancipatio familiae (testamenti) fehlten, in der christlichen Kaiserzeit war ein testamentum imperfectum ein begonnenes Testament, bei dem Unterschrift und Besieglung durch die Zeugen fehlten (subscriptio-adnotatio); Sohm 11. Aufl. S. 530 ff.

[6] l. 21 § 5 C. VI, 23; l. 2 Dig. XXVIII, 3; Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. 3 § 94, 1; Windscheid 9. Aufl. Bd. 3 § 565.

erfolgen. Er konnte sich auch in Ausstreichungen, auch stillschweigend durch unzweifelhafte Widerrufsäußerungen kundgeben. Das Vermächtnis galt sogar schon dann als widerrufen, wenn ein solches Zerwürfnis zwischen Erblasser und Vermächtnisnehmer bestand, daß anzunehmen war, daß es kaum im Sinne des Erblassers liegen könnte, dem Vermächtnisnehmer noch etwas zuzuwenden.[7])

Im gemeinen Rechte hob ein späteres Testament das frühere auch dann auf, wenn die Erbeseinsetzung in ihm fehlte. Es trat Intestaterbfolge ein. Dernburg[8]) erklärt dies aus dem Grunde für folgerichtig, weil der Erblasser durch ein Testament, in dem er keine Erben einsetzt, zum Ausdrucke bringt, daß seine Intestaterben zu Erben berufen sein sollten.

2. Widerruf durch Vornahme von Vernichtungshandlungen an dem Testamente.

Eine weitere Art des Widerrufs des Testamentes war die Vernichtung des Testamentes in Widerrufsabsicht. Es genügte nach der objektiven Seite hin außer der Vernichtung des notwendig in schriftlicher Form errichteten Testamentes auch die Durchstreichung der Namen sämtlicher eingesetzter Erben, Vernichtung der äußeren Solennisierungszeichen oder des Inhalts des

---

[7]) l. 15, 18, 24 § 1; l. 25 Dig. XXXIV, 4; l. II C. VI, 37; Windscheid 9. Aufl. Bd. 3 § 640.

[8]) Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. 3 § 94 4.

Testaments. In subjektiver Hinsicht mußten die Vernichtungshandlungen in Aufhebungsabsicht vom Erblasser vorgenommen worden sein. Fehlte ihm der Widerrufswille, so waren die Einwirkungen ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes.[9])

3. Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll.

Wenn dem römischen Rechte ein formloser Widerruf der Vermächtnisse bekannt war, so war auf der anderen Seite doch ein formloser Widerruf der Erbeinsetzung unstatthaft.[10]) Doch konnte er in dem Falle dann aufhebende Wirkung äußern, wenn er apud acta (zu gerichtlichem Protokoll) oder vor drei Zeugen erklärt worden war und seit Errichtung des Testaments 10 Jahre verstrichen waren.[11])

B. Das moderne Recht.

a) Der Widerruf in Form letztwilliger Verfügungen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt keinen Widerruf des Testaments durch mündliche Erklärung, auch

[9]) l. 20 Dig. XXVIII, 3; l. 1 § 8 Dig. XXXVIII, 6.

[10]) l. 17 § 1 Dig. XIX, 1.

[11]) l. 27 C. VI, 23. Damit ist das unverständliche Reskript des Honorius und Theodosius vom Jahre 418 wieder beseitigt, wonach ein Testament ohne weiteres seine Wirksamkeit einbüßte, wenn der Erblasser die Errichtung 10 Jahre überlebte; Cod. Theod. de test. 4, 4 l. 4.

sind ihm besondere Vorschriften für den Widerruf von Vermächtnissen, wie sie das römische Recht, das allgem. Landrecht und sächs. Bürgerliche Gesetzbuch[1]) kannte, unbekannt. Es schreibt vielmehr ganz bestimmte Formen für den Widerruf vor, die dem Erblasser wahlweise zu Gebote stehen. Es wird hierbei kein Unterschied gemacht, ob es sich um den Widerruf einer Erbeinsetzung, eines Vermächtnisses oder eine Verfügung anderer Art, z. B. über die Art des Begräbnisses, handelt.

Als Hauptart ist vom Gesetz für den Widerruf eines ganzen Testamentes oder einer einzelnen im Testamente enthaltenen Verfügung der Widerruf in Testamentsform bezeichnet. § 2254 BGB. sagt: „Der Widerruf erfolgt durch Testament".

1. Form.

Was die Form eines solchen Widerrufstestamentes anlangt, so sind vom Gesetze keine besonderen Vorschriften gegeben. Wie schon erwähnt, ist auch das Widerrufstestament eine letzwillige Verfügung und als solche an sämtliche für diese geltenden Vorschriften gebunden; dies gilt auch dann, wenn das Widerrufstestament lediglich die Aufhebung des Testaments bestimmt.

Der Widerruf kann durch jede im geltenden Rechte anerkannte Testamentsform erfolgen, sowohl durch ein

[1]) §§ 2413ff. sächs. BGB.

eigenhändiges[2]) wie öffentliches[3]) und, falls die Voraussetzungen dazu gegeben sind, auch durch ein außerordentliches Testament.[4]) Der Widerruf kann auch durch ein Militärtestament erfolgen.[5]) Personen, denen gewisse Testamentsformen verschlossen sind, können sich dieser natürlich auch für den Widerruf nicht bedienen. Eine Person über 16, unter 21 Jahren, oder wer Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann mithin den Widerruf nicht in einem eigenhändigen Testamente aussprechen.[6])

Es ist nicht erforderlich, daß das Testament durch ein Testament gleicher Art widerrufen wird. Es ist dem Erblasser vielmehr vollkommen freie Hand in der Auswahl der Testamentsform gelassen. Es kann also ein öffentliches Testament jederzeit durch ein eigenhändiges widerrufen werden.[7])

---

[2]) § 2231 Nr. 2 BGB.

[3]) §§ 2231 Nr. 1, 2232 ff. BGB.

[4]) §§ 2249 ff. BGB.

[5]) RMGB. v. 2. 5. 1874 § 44.

[6]) § 2247 BGB.

[7]) Daß gerade dieser Fall zu großen Unzuträglichkeiten führen kann, ist allerdings nicht zu verkennen. Es kann der Fall eintreten, daß die Regelung der Erbfolge und Nachlaßangelegenheiten bereits nach Maßgabe eines in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentes des Erblassers erfolgt ist, und daß sich nach geraumer Zeit im Nachlasse ein eigenhändiges Testament vorfindet, durch dessen Datierung deutlich die Unwirksamkeit des bereits vollzogenen Testamentes erhellt. Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3

Selbstverständlich ist auch, daß nicht derselbe Notar oder dasselbe Gericht, dessen Mitwirkung man sich bei der Errichtung des ersten Testamentes bedient hat, bei Errichtung des Widerrufstestamentes angegangen zu werden brauchen.

2. Inhalt.

Der Inhalt des Widerrufstestamentes nach § 2254 kann sich auf den bloßen Widerruf, und zwar eines ganzen Testamentes oder einer einzelnen in einem Testamente enthaltenen letztwilligen Verfügung beschränken. Es genügt für den Inhalt des Widerrufstestaments des heutigen Rechtes die nackte Widerrufserklärung. Der Inhalt des neuen Testamentes kann sich mithin in folgender Verfügung erschöpfen: „Letzter Wille. Ich widerrufe mein Testament vom 26. März 1902. Dresden, den 4. Mai 1907. Walter Müller". Auf den Inhalt des ersten Testamentes kommt es hierbei nicht an, mag es eine Erbeseinsetzung oder nur Vermächtnisse oder auch Bestimmungen anderer Art, z. B. über die Art des Begräbnisses, enthalten. In jedem Falle genügt und ist erforderlich die nacke Widerrufserklärung in Testamentsform.

Es ist dem Erblasser jedoch nicht benommen, neben der Widerrufsklärung zugleich neue Bestimmungen im Testamente aufzunehmen; sie haben Gültigkeit. Da das

§ 50 Anm. 4 schlägt zur Vermeidung dieser Eventualität dem Erblasser die Beobachtung der Bestimmung des § 2248 BGB. vor.

Widerrufsgeschäft mit der bloßen Erklärung des Aufhebungswillens bereits erledigt ist, durch weitere im Testamente aufgenommene letztwillige Verfügungen jedoch vom Erblasser eine neue Verfügung von Todes wegen positiven Inhaltes errichtet wird, so sind die getroffenen Bestimmungen unbeschadet der Wirksamkeit des Widerrufs, falls sie von einem wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung Entmündigten getroffen sind, unwirksam. § 2253 Abs. 2 findet auf sie keine Anwendung. Wenn jedoch anzunehmen ist, daß der Entmündigte den Widerruf nicht ohne die letztwilligen Verfügungen positiven Inhalts ausgesprochen haben würde, so zieht deren Unwirksamkeit auch die des Widerrufs nach sich.[8]) Den Beweis würde derjenige zu führen haben, der sich auf die Unwirksamkeit der positiven Dispositionen beruft.[9]) [10])

[8]) § 2085 BGB.

[9]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2254 Erl. 3; Wilke Bd. 5 § 2254 Anm. 1.

[10]) Wie ist zu entscheiden, wenn von den mehreren Personen gemachten Zuwendungen eine vom Erblasser widerrufen worden ist, es aber unklar geblieben ist, welche er gemeint hat? Die Zuwendungen bleiben bestehen, und der Widerruf hat insoweit keine Wirksamkeit. Der Beweis für die Aufhebung einer der Zuwendungen, der von dem erbracht werden müßte, der sie behauptet, würde aus dem Widerrufe selbst geführt werden müssen, was jedoch gerade wegen dessen Unklarheit nicht möglich ist. Selbstverständlich könnte der Beweis auch durch Zeugen oder Urkunden geführt werden, falls solche vorhanden sind und einwandfrei den Willen des Erblassers beweisen.

Der Erblasser kann seinen Widerruf von einer Bedingung abhängig machen. Hat sich die Bedingung zur Zeit des Todes des Erblassers erfüllt, so gilt das erste Testament als ohne weiteres widerrufen. Der letztwilligen Verfügung steht andernfalls der vom Erblasser ausgesprochene Wille entgegen, sie bei Eintritt der dem Widerrufe beigefügten Bedingung unwirksam werden zu lassen. Das erste Testament wird nachträglich von

---

Wenn hingegen von zwei derselben Person gemachten Zuwendungen eine widerrufen worden ist, es jedoch nicht mit Bestimmtheit aus der Verfügung hervorgeht, welche der Erblasser hat widerrufen wollen, so steht dem Bedachten der Anspruch auf eine der beiden Zuwendungen zu. Das Wahlrecht steht dem Bedachten zu. §§ 2154, 262 ff. BGB. finden keine Anwendung. Denn während beim Wahlvermächtnis der eine oder der andere Gegenstand geleistet werden soll (duae res in obligatione, una in solutione), erhellt deutlich aus dem Widerrufe, daß der Wille des Erblassers nur mehr dahin geht, daß nur eine bestimmte Sache geleistet werden soll (una in obligatione, una in solutione). Das Vermächtnis nach § 2174 BGB. begründet eine Forderung auf Leistung nur des einen vom Testator dem Bedachten vermachten Gegenstandes. Da nun unklar geblieben ist, welcher Gegenstand ihm zugedacht ist, so kann er nach seiner Wahl klagen. Durch Geltendmachung eines der beiden zweifelhaft gewordenen Ansprüche wird das Recht, den anderen zu fordern, konsumiert. Falls der Bedachte beide Zuwendungen in Anspruch nehmen sollte, wäre ihm entgegenzuhalten, daß der Widerruf trotz seiner Unklarheit erkennen lasse, daß ihm der Erblasser eben nur einen Gegenstand zuwenden wollte (Böhm 2. Aufl. S. 199 Anm. 4; Dernburg Bd. 5 § 40 IV Abs. 5 und Anm. 8).

der auflösenden Bedingung der Erfüllung der dem Widerrufe beigefügten Bedingung abhängig gemacht. Der Eintritt der Bedingung ist ausschlaggebend für die weitere Wirksamkeit der im ersten Testamente getroffenen Dispositionen. Wird die Bedingung später erfüllt, so büßt der Erbe, der zur Zeit des Erbfalles natürlich zur Erbfolge gelangt war, seine Erbenstellung wieder ein.[11] [12])

Die Beifügung der Bedingung kann auch in Gestalt einer sogen. privatorischen Klausel erfolgen. Man versteht darunter eine Bestimmung des Testators, daß der Bedachte die Zuwendung nicht erhalten oder wieder verlieren soll, falls er sich den von ihm getroffenen Anordnungen widersetzt. Die rechtliche Beurteilung einer solchen Klausel wird mangels gesetzlicher Vorschriften nach Maßgabe des Falles zu erfolgen haben.

---

[11]) §§ 1922, 158 BGB.

[12]) Auf einem anderen Standpunkte stand das römische Recht, das die Beifügung auflösender Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen nach Maßgabe des Satzes: „semel heres semper heres“ nicht kannte. Die unter einer Bedingung widerrufene letztwillige Verfügung galt als von einer aufschiebenden Bedingung entgegengesetzten Inhalts abhängig gemacht. l. 10 pr. Dig. de adim. leg. 34, 4 besagt: legatum cum sub condicione adimitur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset. Diese den römischen Anschauungen angepaßte unnatürliche Behandlung des bedingten Widerrufs ist für das heutige Recht, das sowohl die Beifügung auflösender, wie aufschiebender Bedingungen kennt, nicht anzuwenden.

3. Wirksamkeit.

Die Wirksamkeit des Widerrufstestamentes ist vor allem dadurch bedingt, daß es formell gültig ist. Es müssen mithin außer den allgemeinen Vorschriften im besonderen die Bestimmungen der §§ 2229, 2253 Abs. 2, 2231—2252 BGB. eingehalten sein. Mit der Frage, ob trotz formeller Ungültigkeit des Widerrufstestamentes doch der in diesem irgendwie zum Ausdruck gebrachte Aufhebungswille des Erblassers für die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung ausschlaggebend ist, befaßt sich eine Reichsgerichtsentscheidung.[13]) Die Entscheidung geht dahin, daß zum wirksamen Widerrufe einer letztwilligen Verfügung unbedingt gehöre, daß das den Widerruf enthaltende Testament formell vollgültig ist. Ist dies nicht der Fall, so ist es unzulässig, auf Grund des aus dem Testamente hervorgehenden Willens des Erblassers, die letztwillige Verfügung aufzuheben, deren Unwirksamkeit zu behaupten. „Ist die Form nicht beobachtet, so verliert die Urkunde, wie die Kraft eines Testamentes überhaupt, so auch die Kraft, das frühere zu widerrufen."

Die Nichtigkeit des Widerrufstestamentes wegen Mangels im Willen bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 116—118 BGB. unter Berücksichtigung dessen, daß es sich nur um nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte handelt. Die Gültigkeit des

[13]) RGE. Bd. 29 S. 329ff.

Widerrufstestamentes kann mithin im Falle der Mentalreservation nicht in Zweifel gezogen werden.

Die für die letztwilligen Verfügungen gegebenen Vorschriften über Anfechtung sind von gleicher Geltung für den Widerruf. Ist der Erblasser durch widerrechtliche, ernstliche und erhebliche Drohung oder durch Irrtum zum Widerrufe seines Testamentes veranlaßt worden, so steht[14]) demjenigen, dem die Aufhebung des Widerrufstestamentes unmittelbar zustatten kommen würde, das Anfechtungsrecht zu, wobei sowohl der Irrtum in der Erklärungsform als über den Inhalt der Erklärung und abweichend von §§ 119, 123 BGB. auch der Irrtum im Beweggrunde in Frage kommt. Hat der Erblasser den A zum Erben eingesetzt, widerruft er aber später das Testament mit der Begründung, daß A verschollen und für tot erklärt worden sei, und hat er den C an seiner Stelle zum Erben eingesetzt, so ist A, wenn er tatsächlich noch lebt, nach § 2080 BGB. berechtigt, das Widerrufstestament wegen Irrtums im Motiv anzufechten.[15])

Zu beachten ist für den Umfang der Wirkung der Anfechtung die Bestimmung des § 2085 BGB.

Scherer[16]) wirft die Frage auf, wie zu entscheiden

---

[14]) §§ 2078ff. BGB. § 2078 umfaßt den durch arglistige Täuschung eines anderen hervorgerufenen Irrtum; vgl. Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 350, 2d; s. aber § 144 Abs. 1 BGB.

[15]) Eichhorn 4. Aufl. S. 192 Beisp. 55.

[16]) Scherer Erl. 408 zu § 2254 BGB.

ist, wenn der vom Erblasser beabsichtigte Widerruf durch das Verhalten eines Dritten, z. B. durch Betrug, unterblieben ist.

Daß ein Widerruf im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt, bedarf keiner Ausführung. Die letztwillige Verfügung bleibt nach wie vor bestehen. Der Geschädigte hat lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten und, falls dieser Teilnehmer hatte, auch gegen jene.

4. Wirkung.

Der Widerruf wirkt völlige Beseitigung des Testamentes oder der einzelnen in einem solchen enthaltenen Verfügung, auf die er sich bezieht.

An sich tritt die Wirkung des Widerrufes, der, wie schon ausgeführt, eine letztwillige Verfügung im engeren Sinne nicht ist, nicht erst mit dem Erbfalle, sondern sofort ein.[17]) Im 1. Entw. ist deshalb auch die Aufnahme der Bestimmung, daß durch den Widerruf des Widerrufes die ursprüngliche Verfügung wieder wirksam werde, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre, abgelehnt worden. Was gar nicht mehr existiert, kann auch nicht wiederaufleben. Nachdem jedoch die 2. Kommission, die an sich den Standpunkt der 1. Kommission teilte, aus praktischen Gründen den § 2257 eingefügt hat, muß man die Wirkung des gültigen Widerrufes als erst in dem Zeitpunkte eingetreten ansehen,

[17]) Mot. Bd. 5 S. 298.

in dem die Unwiderruflichkeit des Widerrufstestamentes feststeht. Dieser Zeitpunkt ist der Erbfall. Endemann[18]) ist der Ansicht, daß die Wirksamkeit des ursprünglichen Testamentes nur gehemmt sei, solange ihm ein gültiger Widerruf entgegenstehe. Er vergißt aber hierbei, daß von einer Hemmung der Wirksamkeit eines Testamentes gar nicht gesprochen werden kann, das überhaupt erst mit dem Tode des Erblassers Wirkungen äußern kann.

Das Testament wird keineswegs ganz beseitigt; es ist vielmehr so zu entscheiden, daß dem Vollzuge des Testamentes der Widerruf, wenn er zur Zeit des Erbfalls noch gültig ist, entgegensteht, d. h. der zur Zeit des Todes des Erblassers nicht widerrufene Widerruf beseitigt das Testament so, als ob es nicht errichtet worden wäre.

Ist der Widerruf in einem in außerordentlicher Form errichteten Testamente erfolgt,[19]) so ist die Wirksamkeit des Widerrufes eine zeitlich beschränkte. Er zeitigt nur Wirkungen, wenn der Erblasser innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Errichtung des Testamentes stirbt. Nach Ablauf der Frist gilt ein solches Testament als nicht errichtet, d. h. der Eintritt der Unwirksamkeit wird auf den Zeitpunkt der Errichtung des Testamentes zurückbezogen. Das ursprüngliche Testa-

---

[18]) Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 50, 2c.

[19]) §§ 2249, 2250, 2251 BGB.

ment wird so behandelt, als ob es niemals widerrufen worden wäre.[20])

5. Widerruf des Widerrufes.

Im vorstehenden ist bereits davon gesprochen worden, daß der Widerruf durch Testament ebenfalls wieder widerrufen werden kann. Über den Widerruf des Widerrufes werden wir weiter unten sprechen.

b) Der Widerruf durch Handlungen.

1. Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder Vornahme von Veränderungen an ihr.

α) Anwendungsfälle.

Neben dem vom Gesetz in § 2254 ausgesprochenen Grundsatze „Der Widerruf erfolgt durch Testament" eröffnet § 2255 BGB. dem Erblasser noch eine weitere Möglichkeit, sein Testament aufzuheben. § 2255 BGB. bestimmt:

> „Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt".
>
> „Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise ver-

[20]) § 2252 BGB. Wirkung ex tunc.

ändert, so wird vermutet, daß er die Aufhebung des Testamentes beabsichtigt habe."

Schon das römische Recht kannte, wie bereits erwähnt, den Widerruf in der Art, daß der Erblasser in der Absicht des Widerrufs die Testamentsurkunde ganz oder einzelne in ihr ausgesprochene Bestimmungen vernichtete oder dem gleichgestellte Veränderungshandlungen an der Urkunde vornahm.[1]) Auch die neueren Landesgesetzgebungen kannten diese Form des Widerrufes.[2])

Zur Aufnahme des § 2255 in das Bürgerliche Gesetzbuch führte die Erwägung, daß es unangängig sei, an der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung festzuhalten, obgleich der Erblasser durch Vernichtung oder ihr gleichgestellte Veränderungen der Testamentsurkunde seinen Aufhebungswillen deutlich bekundet habe. Würde zugunsten der Durchführung eines strengen Formalismus der durch konkludente Handlungen zum Ausdruck gelangte Wille des Erblassers unbeachtet bleiben, so würde auch die Beweisführung für den Inhalt der zerstörten Urkunde zumeist — besonders beim eigenhändigen Testamente — ungemein erschwert, wenn nicht unmöglich sein.

Grundsätzlich kann in der Form des § 2255 jedes Testament ohne Rücksicht auf die Form seiner Errichtung widerrufen werden. Was die vor dem Richter oder

---

[1]) l. 1 § 8 Dig. XXXVIII, 6.

[2]) z. B. sächs. BGB. § 2219.

Notar oder Gemeindevorstand errichteten, in amtliche Verwahrung genommenen Testamente anlangt,[3]) so wird § 2255 BGB. nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen. Da das Testament, das sich nach § 2246 in amtlicher Verwahrung befindet, durch die Rücknahme seitens des Erblassers, mag er den Aufhebungswillen haben oder nicht, für widerrufen gilt,[4]) so würde die dann noch erfolgende Vernichtung ohne jede Wirkung sein. Nur wenn der Erblasser die Urkunde nicht auf dem Wege des § 2256 BGB. zurückerlangt hat, sondern wenn er etwa durch ein Versehen des Verwahrungsbeamten, der vielleicht annahm, dem Erblasser eine ganz andere Urkunde zurückzugeben, in ihren Besitz gelangt ist, zeitigt die Einwirkung im Sinne des § 2255 auf die Testamentsurkunde eine aufhebende Wirkung. Daß sich der Erblasser event. durch eine rechtswidrige Handlung in den Besitz des Testaments gesetzt hat, hat nach den Motiven[5]) wie nach der herrschenden Ansicht auf die Gültigkeit des nach § 2255 BGB. vorgenommenen Widerrufs keinen Einfluß, da das Delikt die inneren Gründe der Wirksamkeit der Willenserklärung nicht berührt.[6])

Anders liegt der Fall, wenn ein nach § 2248 in amtliche Verwahrung gebrachtes eigenhändiges Testament nach Rückgabe aus der Verwahrung vom Erblasser

---

[3]) §§ 2231 Nr. 1, 2246, 2249 Abs. 1 Satz 3 BGB.

[4]) § 2256 BGB.

[5]) Mot. Bd. 5 S. 300.

[6]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 2 zu § 2255.

vernichtet wird. Hier ist die Einbringung in die Verwahrung lediglich eine fakultative Maßnahme, und die Rücknahme hat nicht aufhebende Wirkung.[7])

Werden am zurückgenommenen eigenhändigen Testamente Vernichtungshandlungen oder Veränderungen vorgenommen, so wirken sie aufhebend.

§ 2255 BGB. wird also hauptsächlich Anwendung finden auf Urkunden, die in der tatsächlichen Gewalt des Erblassers verblieben sind. In Frage kommen dabei noch außer dem eigenhändigen Testamente das vor drei Zeugen errichtete Testament nach § 2250, das Testament nach § 2251 sowie die Militärtestamente.[8])

β) Das Widerrufsgeschäft.

I. Die objektive Seite.

Nach der objektiven Seite betrachtet, verlangt der Tatbestand des § 2255 BGB., daß der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt.

Unter Vernichtung ist eine vollständige Beseitigung der Urkunde zu verstehen, z. B. durch Verbrennen. Was die der Vernichtung gleichgestellten Veränderungen anlangt, so verlangt das Gesetz Einwirkungen auf die Urkunde, die nicht nur subjektiv in den Augen des

---

[7]) § 2256 Abs. 3 BGB.

[8]) RMGB. v. 2. 5. 1874 § 44.

Erblassers genügen, sondern deren man sich allgemein üblicherweise bedient, um dem Willen, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, Ausdruck zu geben. Die Veränderungen müssen in genügend klarer Weise den Willen des Erblassers erkennen lassen, daß die in der Urkunde getroffenen letztwilligen Dispositionen nunmehr die Wirksamkeit eingebüßt haben sollen. Es genügt mithin nicht, wenn der Erblasser die Urkunde völlig unversehrt in den Papierkorb geworfen oder nur zerknittert hat. Es würde hierdurch selbst nichts an der Urkunde verändert werden.[9]) In Frage kommen Veränderungen, wie Zerschneiden, Zerreißen, Durchstreichen, Ausradieren, auch Wegwerfen in Verbindung mit Abreißen der Siegel oder absichtlichem Zerknittern würde genügen.[10]) Auch die absichtliche Durchstreichung der Unterschrift oder der Namen der Erben enthält einen Widerruf.[11])

In der Form des § 2255 BGB. kann auch eine einzelne in einem Testamente enthaltene letztwillige Verfügung widerrufen werden. § 2253 Abs. 1 BGB. findet Anwendung. Es ist jedoch darauf zu achten, daß die Veränderungen nur gültig sind, falls sie auch wirklich die völlige Beseitigung der in Frage kommenden Ver-

---

[9]) Dernburg Bd. 5 § 40 Anm. 11.

[10]) Meyer § 49 Anm. 19; Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358, 2a; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 Erl. 3 zu a; § 2255 BGB.

[11]) Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 50 Anm. 11; Mommsen, Entwurf; Mot. zu § 166; Pelargus § 40 II.

fügung bezwecken. Resultieren aus der Veränderung bloße Abänderungen des ursprünglichen Willens, so berühren sie die Wirksamkeit der abgeänderten Verfügung nicht, da Abänderungen nur in der für die Errichtung der betreffenden letztwilligen Verfügung vorgeschriebenen Form erfolgen können; beim eigenhändigen Testamente also müssen die Streichungen oder Einschaltungen zu ihrer Wirksamkeit durch Datum und Unterschrift des Erblassers gedeckt sein.[12])

Die Vernichtung oder Veränderung muß an der Testamentsurkunde selbst vorgenommen werden; an einem bloßen Entwurf sind sie unerheblich.[13])

Es ist bestritten, ob beim Vorhandensein mehrerer Testamentsurkunden die Vernichtung oder Veränderung nur einer Urkunde genügt. Wenn Brock[14]) ausführt, daß die Unbrauchbarmachung der Testamentsniederschrift, auf der das Wesen der gesetzlichen Anerkennung der Aufhebungsart des § 2255 beruht, nicht erfolgt sei, solange noch eine intakte Testamentsurkunde vorhanden sei, und daß deshalb schon die Vernichtung einer Urkunde nicht genügen könne, so ist dem grundsätzlich beizu-

---

[12]) So nach der richtigen Ansicht Planck-Ritgen 1. und 2. Aufl. Bd. 5 § 2231 II, 5 und der dort für diese Meinung angeführten Schriftsteller.

[13]) Frommhold § 2255 Erl. 4; Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 50, 3a; vgl. bezüglich des früheren Rechts RGE. Bd. 14 S. 184.

[14]) Brock S. 103; auch Wilke Bd. 5 § 2255 Anm. 4.

pflichten. Es muß aber doch folgendes entgegengehalten werden: Wenn erwiesen ist, daß der Erblasser tatsächlich den Willen gehabt hat, sein Testament aufzuheben, und zugleich aus den Umständen erhellt, daß der Erblasser an der Vernichtung oder Veränderung der anderen Urkunden nur irgendwie verhindert gewesen ist — wenn der Erblasser, z. B. durch den plötzlich eingetretenen Tod am Zerreißen der übrigen Urkunden verhindert worden ist —, so würde es nicht angängig sein, wider den bekannten und durch die Vernichtung einer Urkunde zum Ausdruck gebrachten entgegenstehenden Willen des Erblassers doch an der Wirksamkeit des Testaments festzuhalten. Daß es unter allen Umständen tunlicher sein wird, in solchen Fällen die Widerrufsform des § 2254 anzuwenden, ist anzuerkennen. Denn die Vermutung des § 2255 Abs. 2 BGB. auch für den Fall der Vernichtung nur einer Urkunde aufzustellen, ist auch unserer Ansicht nach ausgeschlossen. Die Absicht, daß der Erblasser das Testament als Träger seines Willens und nicht nur als bloßes Schriftstück vernichtet hat, ist zu beweisen.[15])

Hat der Erblasser sämtliche Urkunden in den Händen gehabt und ist er an der Vernichtung aller Urkunden nicht durch besondere Umstände verhindert worden, so kann grundsätzlich, auch wenn bewiesen ist, daß der

---

[15]) vgl. Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3, 3a Anm. 16; Frommhold § 2255 Anm. 2 u. 4; Dernburg Bd. 3 § 40 Anm. 11; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2255 Erl. 3 zu a; Neumann 2. Aufl. § 2255 Anm. 3.

Erblasser die eine Urkunde in Aufhebungsabsicht vernichtete, nicht die Unwirksamkeit des Testamentes behauptet werden. Hier liegt eben eine Unbrauchbarmachung der Urkunde, wie das Gesetz sie in § 2255 BGB. verlangt, nicht vor, wenn noch andere völlig intakte Urkunden über den letzten Willen des Erblassers vorhanden sind. Man wird die unveränderten Urkunden gerade als Beweis dafür ansehen müssen, daß es dem Erblasser bei Vernichtung oder Veränderung nur einer Urkunde nicht Ernst mit seinem Aufhebungswillen war, oder daß ihn später die Aufhebung gereute. Es wäre sonst unverständlich, warum der Erblasser, wenn er einmal sein Testament widerrufen und sich hierzu der Form des § 2255 BGB. bedienen will, nicht sämtliche Urkunden vernichtet, wenn man nicht annehmen will, daß er lediglich aus Unachtsamkeit oder Sorglosigkeit dies unterlassen hat. Aber — vigilantibus jura sunt scripta.

§ 2255 BGB. bestimmt, daß die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde durch den Erblasser zu erfolgen habe. Da es sich auch bei dieser Form des Widerrufes um eine letztwillige Verfügung — wenn auch nicht im engeren Sinne — handelt, so findet § 2064 auch auf ihn Anwendung. Der Erblasser muß mithin grundsätzlich die Vernichtung oder Veränderung selbst vornehmen. Er kann sich jedoch hierzu auch der Mitwirkung eines Dritten so bedienen, daß dieser auf Geheiß des Erblassers die Handlungen ausführt. Rechtlich nimmt der Erblasser das Rechtsgeschäft selbst vor, er

bedient sich nur eines anderen als bloßen Werkzeugs der deshalb auch geschäftsunfähig sein kann. Dies ist allgemein anerkannt.[16])

Eine Vertretung im Willen ist dahingegen nach dem Wortlaut des § 2255 in Verbindung mit § 2064 unzulässig. Die Vernichtung durch den Vertreter hat keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung. Ebenso ist die spätere Genehmigung einer von einem Dritten unbefugt vorgenommenen Vernichtung oder Veränderung bedeutungslos für den Fortbestand des Testaments, weil sich hier der Wille des Erblassers nicht aus dem vom Gesetz verlangten tatsächlichen Einwirken auf die Urkunde, sondern erst aus einem späteren Handeln, der Genehmigung, erkennen läßt, und weil die rein tatsächlichen Zerstörungshandlungen an der Testamentsurkunde, deren Fortbestand an sich für die Wirksamkeit des einmal rechtsgültig niedergelegten Willens ohne Bedeutung ist, völlig irrelevant sind. Da ein rechtsgeschäftliches Handeln gar nicht vorliegt, ist auch eine später vom Erblasser erteilte Genehmigung nach außen hin nicht wirksam.[17])

---

[16]) Obgleich der Wortlaut des § 2255 keinen Anhalt dafür gibt und man sich in Anbetracht dessen, daß die Bestimmung eine Ausnahme von § 2254 aufstellt, genau an das Normierte halten sollte, so ist es doch sicher zweckmäßig, mit Brock S. 102 den Text dahin erweiternd zu interpretieren: „. . . daß der Erblasser oder auf sein Geheiß ein Dritter . . .“

[17]) RGE. Bd. 29 S. 329ff.; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl.

Im Anschluß hieran weist Strohal darauf hin,[18]) daß es etwas anderes ist, wenn der Erblasser in einem späteren Testamente den Widerruf seines von einem Unbefugten vernichteten Testaments erklärt. Der Widerruf in Testamentsform ist gültig. Das vernichtete Testament gilt als nunmehr widerrufen, eine rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Vernichtung hat die Erklärung nicht. Es handelt sich also um keine durch nachträgliche Genehmigung widerrufend wirkende Vernichtungshandlungen des Dritten, sondern um einen erst im Augenblick der Errichtung des späteren den Widerruf aussprechenden Testaments wirksam werdenden Widerruf, der in keinem Zusammenhange mit der Tätigkeit des unbefugten Zerstörers steht.

II. Die subjektive Seite.

Im ersten Entwurfe[19]) war verlangt worden, daß der Erblasser die Vernichtung oder Veränderung „vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben", vornimmt. Die 2. Kommission[20]) ersetzte dies durch die Worte „in der Absicht", indem zugleich ausgesprochen wurde, daß es sich lediglich um eine ab-

---

Bd. 5 § 2255 Erl. 3 zu a; Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 Anm. 9; Dernburg Bd. 5 § 40 Anm. 11; Wilke Bd. 5 § 2255 Anm. 3; abweichend Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358, 2a.

[18]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 a. a. O.

[19]) § 1934 1. Entw.

[20]) Prot. d. 2. Kommission S. 7213.

weichende Fassung handeln solle. Sachlich bleiben sich die beiden Ausdrucksweisen tatsächlich gleich. Anderer Meinung ist Eichhorn,[21]) der irrigerweise behauptet, mit den Worten „in der Absicht" werde die Vorsätzlichkeit nicht mehr verlangt. Der Begriff „Absicht" umfaßt unzweifelhaft auch den Begriff der „Vorsätzlichkeit". Liegt versehentliches Handeln vor, so ist der Tatbestand des § 2255 BGB. nicht erfüllt. Denn wenn die Absicht der Testamentsaufhebung durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde ausgedrückt werden soll, muß notwendigerweise die Einwirkung auf die Urkunde selbst eine absichtliche gewesen sein. Während also die Absicht des Erblassers auf Vernichtung oder Veränderung der Urkunde gerichtet sein muß, ist hier eine außerhalb der Vernichtung oder Veränderung liegende Handlung beabsichtigt, in deren Verlauf ohne den Willen des Erblassers Einwirkungen auf die Urkunde erfolgen. Der Widerrufseffekt tritt nicht ein.

In Abs. 2 des § 2255 BGB. wird eine Vermutung für das Vorhandensein der Absicht des Erblassers, durch Vernichtung oder Veränderung der Urkunde den Aufhebungswillen zu betätigen, aufgestellt.

Hierüber ist folgendes zu sagen:

Wird im Nachlasse des Erblassers keine letztwillige Verfügung vorgefunden, so bestehen zwei Möglichkeiten; nämlich die, daß der Erblasser überhaupt keine letzt-

---

[21]) Eichhorn 4. Aufl. S. 184.

willige Verfügung errichtet, oder daß er zwar ein Testament errichtet, es aber wieder vernichtet hat.

Zu Streitigkeiten kann nur der Fall Anlaß geben, daß der Erblasser tatsächlich eine vollgültige Verfügung errichtet hatte, und daß dessen Inhalt festgestellt ist.

Abs. 2 des § 2255 BGB. bestimmt, wie in einem solchen Falle zu urteilen ist. Er lautet: „Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermuthet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe".

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß die Unwirksamkeit des Testaments beweisen muß, wer sich darauf beruft. Die Beweislast würde folgendermaßen zu verteilen sein: Derjenige, der ein Interesse an der Wirksamkeit des vom Erblasser früher errichteten Testamentes hat, muß dessen Existenz und Inhalt zweifellos beweisen, und sodann, daß es eine vollgültige letztwillige Verfügung war. Ist ihm dieser Beweis gelungen, so müßte an sich der, der sich auf den Widerruf des Testamentes stützt, nachweisen a) daß der Erblasser die Urkunde zerstört hat, b) daß dies in Widerrufsabsicht geschehen ist. Da jedoch nach Lage der Sache der Beweis des Vorhandenseins der Widerrufsabsicht ein äußerst schwieriger, zumeist sogar ausgeschlossen sein würde, es aber unzweifelhaft im Interesse der Rechtssicherheit ist, daß über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit früher vorhanden gewesener Testamente Gewiß-

heit geschaffen wird, so knüpft das Gesetz an die Tatsache der Vernichtung der Urkunde durch den Erblasser die Vermutung, daß sie in der Absicht, die letztwillige Verfügung aufzuheben, erfolgt sei. Dem Interessenten liegt also nur noch ob, nachzuweisen, daß die Vernichtung durch den Erblasser erfolgt ist; denn hierfür besteht keine gesetzliche Vermutung, sie würde sich auch schwerlich aufstellen lassen können. Ist der Beweis der Vernichtung durch den Erblasser erbracht, so wird vermutet, daß er auch die Aufhebungsabsicht gehabt hat, d. h. daß er erstens vorsätzlich und zweitens mit dem Willen, die Verfügung von Todeswegen aufzuheben, gehandelt hat.

Entsprechend würde die Beweisverteilung in dem Falle sein, daß eine im Sinne des § 2255 BGB. veränderte Testamentsurkunde im Nachlasse des Erblassers sich befindet. Der erste vom Testamentsinteressenten zu führende Beweis der Existenz und Vollgültigkeit der letztwilligen Verfügung würde jedoch entfallen. Der Testamentsgegner würde sofort die Veränderungsvornahme durch den Erblasser nachweisen müssen, wobei ihm nach Gelingen des Beweises die Vermutung des Abs. 2 § 2255 BGB. zur Seite steht.

Wenn wir oben schon die Zerstörung der Urkunde durch einen Dritten auf Geheiß des Erblassers für einen wirksamen Widerruf erklärten, so müssen wir auch aus den gleichen Gründen die Anwendung der Bestimmung des Abs. 2 § 2255 BGB. auf diesen Fall zulassen.

Der Beweis müßte dann dahin geführt werden, daß die Vernichtung oder Veränderung der formell wirksamen Testamentsurkunde von dem Dritten auf Geheiß des Erblassers ausgeführt worden ist. Eine Gefahr besteht bei Anwendung der Vermutung dann nicht mehr. Es wird regelmäßig der Fall sein, daß ein Erblasser, der einem anderen den Befehl erteilt, eine Testamentsurkunde zu vernichten, auch die Absicht gehabt hat, seine letztwillige Verfügung damit unwirksam zu machen. Außerdem muß man auch im Hinblick auf den inneren Zusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 2 und ihrem Wortlaute zu diesem Resultate gelangen. Abs. 1 sagt: „daß der Erblasser vernichtet". Wir haben dies dahin erweitert, „daß der Erblasser oder ein Dritter auf sein Geheiß ... vernichtet". Stünden nun Abs. 1 und Abs. 2 in keinerlei Zusammenhang, so würden wir mit Endemann[22]) die Ergänzung des Abs. 2 dahin: „hat der Erblasser oder auf sein Geheiß ein Dritter ..." ablehnen. Da aber Abs. 2 den Abs. 1 nur in prozessualer Hinsicht näher ausführt, also im engen Zusammenhange mit ihm steht, so muß auch die weitergehende Interpretation auf den Abs. 2 übergreifen. Der Ton liegt also nicht, wie Endemann meint, auf „Erblasser" im Sinne von „der Erblasser persönlich" im Gegensatz zu „ein Dritter".[23])

---

[22]) Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 50, 3a.

[23]) vgl. Brock S. 110; Hallbauer 2. Aufl. 13 S. 44.

Die Vermutung des Abs. 2 besteht natürlich nur so lange, als nicht von den Testamentsinteressenten das Fehlen des relevanten Aufhebungswillens nachgewiesen wird, wenn z. B. die Voraussetzungen über Widerrufsfähigkeit nicht gegeben sind. Auch ist der Beweis zulässig, daß der Erblasser bei Zerstörung der Urkunde versehentlich gehandelt hat. Die Bestimmung des § 292 ZPO. findet Anwendung.[24])

Ist nur eine von mehreren Urkunden vom Erblasser vernichtet worden oder die Veränderung nur an einer Urkunde vorgenommen worden, so kann die Vermutung des Abs. 2, wie oben schon erwähnt, nicht Anwendung finden. Es steht der Vermutung, daß der Erblasser in der Absicht gehandelt hat, die letztwillige Verfügung durch die Einwirkung auf nur eine Urkunde aufzuheben, das Vorhandensein der anderen unverletzten Urkunden entgegen. Hier muß sowohl der Beweis der vorhandenen Aufhebungsabsicht als auch der Beweis dafür, daß der Erblasser an der Vernichtung der anderen Urkunden tatsächlich verhindert gewesen ist, von dem Testamentsgegner erbracht werden. Wir verweisen im übrigen auf das oben[25]) Gesagte.

Zusammenfassend sei noch erwähnt, daß es einen Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes nicht hat,

---

[24]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2255 Erl. 3 zu b; Hallbauer 2. Aufl. 13 S. 44; Neumann 2. Aufl. Bd. 2 § 2255 Anm. 3.

[25]) s. S. 40ff.

wenn die Urkunde zwar vom Erblasser, aber ohne Widerrufsabsicht oder in nicht widerrufsfähigem Zustande oder nicht vom Erblasser, also durch einen dritten Unbefugten oder durch Zufall vernichtet oder verändert worden ist. Aus dem Fehlen des rechtsverbindlichen Aufhebungswillens sowie daraus, daß die Wirksamkeit des im Testamente niedergelegten Willens völlig unabhängig vom Fortbestande der Urkunde ist, ergibt sich die Unerheblichkeit der so erfolgten Veränderung oder Vernichtung. Der Inhalt des Testamentes ist nach wie vor wirksam und kann mit jedem Beweismittel dargetan werden.[26])

Die aufhebende Wirkung des Widerrufes nach § 2255 BGB. tritt sofort ein. Der in dieser Form erfolgte Widerruf kann nicht wieder widerrufen werden.

2. Der Widerruf durch Rückgabe der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung.

α) Rückgabe nach § 2246 BGB. verwahrter Testamente.

I. Allgemeines.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 2256:

Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

---

[26]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2255 Erl. 3 zu b; Brock S. 103; Kuhlenbeck Bd. 3 § 20II, 3.

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen.

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testamentes ohne Einfluß.

Die Bestimmung in Abs. 1 gilt ausschließlich für Testamente, die in den Formen der §§ 2231, 1, 2232 ff. u. 2249 BGB. errichtet worden sind. § 2246 bestimmt, daß die in öffentlicher Form errichteten Testamente in amtliche Verwahrung gebracht werden sollen. Das Gesetz gibt damit eine Ordnungs(Soll-)vorschrift,[1]) deren Nichtbeachtung die Ungültigkeit des Testamentes nicht nach sich zieht. Das Rechtsgeschäft ist an sich schon vor dem Einbringen in die amtliche Verwahrung abgeschlossen. Da aber andererseits die Einbringung ordnungsgemäß regelmäßig an den Testamentserrichtungsakt angeschlossen wird, so wird die Aufbewahrung der Testamentsurkunde schließlich so zur Voraussetzung für den Fortbestand der Wirksamkeit des letzten Willens, daß das Gesetz an die Rückgabe der Testamentsurkunde an den Erblasser auf sein Verlangen die Fiktion des Widerrufs knüpft. Deshalb ist auch der Aufhebungswille des Erblassers belanglos. Es ergibt sich hieraus, das der Widerruf des § 2256 BGB. ganz anderer Natur

---

[1]) Nicht, wie Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 3 § 29 Anm. 31 annimmt, nur eine Dispositivnorm.

als der der §§ 2254 u. 2255 ist. Während dort lediglich der Wille des Erblassers maßgebend ist, die Widerrufsabsicht somit Voraussetzung für die Aufhebungswirkung ist, ist die dem Rückgabeverlangen zugrunde liegende Absicht ohne Belang.

Das Gesetz knüpft die Fiktion des Widerrufs an einen ganz bestimmten Tatbestand und verlangt

1. auf Verlangen des Erblassers
2. die Rückgabe der Testamentsurkunde an ihn persönlich.

Daß die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser persönlich erfolgen muß, und daß das auf Rückgabe gerichtete Verlangen des Erblassers zum Tatbestande des Widerrufs gehört, ergibt sich schlechthin nicht aus dem Wortlaute des Paragraphen. Erstens ist es auffällig, daß das Gesetz erst in Abs. 2 des Paragraphen davon spricht, und sodann spricht die Fassung dieses Absatzes dagegen. Nach dem im Bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Sprachgebrauch handelt es sich in Satz 2 Abs. 2 um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung an sich die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, für das sie gegeben ist, nicht berührt. Man muß jedoch unseres Erachtens zu dem Resultate gelangen, daß der Gesetzgeber von seinem fast ausschließlich streng durchgeführten Sprachgebrauch abgewichen ist und die Form der Ordnungsvorschrift gewählt hat, wo es sich unzweifelhaft um eine Vorschrift handelt, deren Inhalt zu den notwendigen Tatbestandsmomenten gehören muß.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus dem zwischen Abs. 1 u. 2 bestehenden Zusammenhange. In Abs. 1 ist gesagt: „Dem Erblasser ... zurückgegeben wird". Abs. 2 bedeutet eine Ausführung dieser Bestimmung. Außerdem handelt es sich in Anbetracht der Folgen der Rückgabe um einen so wichtigen Akt, daß ein persönlicher Verkehr zwischen Verwahrer und Erblasser ratsam erscheinen muß.[2])

Weiter hat die Rückgabe des Testamentes nur dann zur Folge, daß es als widerrufen gilt, wenn sie auf Verlangen des Erblassers erfolgt ist. Es würde nicht einleuchten und unmotiviert erscheinen, wollte der Gesetzgeber lediglich an das Zurückgelangen der Testamentsurkunde in die Hände des Erblassers die Fiktion des „Widerrufs" knüpfen. Wenn das Gesetz nicht die objektive Unwirksamkeit an die Rückgabe knüpft, sondern das Testament als „widerrufen" gelten läßt, d. h. also eine Willensäußerung des Erblassers fingiert wird, so würde es unverständlich sein, wenn dem Erblasser nicht einmal so viel eigene Mitwirkung bei der Rückgabe zugesprochen würde, daß er wenigstens derjenige ist, der die Rückgabe veranlaßt hat.

Außerdem ist die Verwahrung der Testamentsurkunde eine amtliche Pflicht des Verwahrungsbeamten. Er hat keine Befugnis, über die Urkunde zu verfügen und sie

---

[2]) vgl. Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 III, 3a mit Anm. 14; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2256 Erl. 2; vgl. Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 600.

nach seinem Belieben aus der Verwahrung herauszugeben oder innezubehalten. Er muß sich vielmehr lediglich nach den Wünschen dessen richten, der über den in der Urkunde niedergelegten letzten Willen und somit auch über die Urkunde selbst bei Lebzeiten des Erblassers allein verfügen kann, und das ist der Erblasser. Es ist ordnungsgemäß das Verlangen der Rückgabe seitens des Erblassers Voraussetzung dafür, daß die Urkunde überhaupt durch Rückgabe seitens des Verwahrungsbeamten aus der Verwahrung gelangen kann.

Eine weitere Argumentation für die von uns vertretene Ansicht ergibt sich aus den Motiven.[3]) Es wird dort gesagt: „Erfordert wird ein genau bestimmter Tatbestand, nämlich, daß der Verfügende die Herausgabe der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunde verlangt, und daß die Herausgabe an ihn persönlich erfolgt". Der erste Entwurf lautet allerdings anders. Es handelte sich aber lediglich um redaktionelle Änderungen, sachlich sollte nichts geändert werden.[4])

II. Das Verlangen des Erblassers.

Das Verlangen um Rückgabe des Testamentes muß der Erblasser bei der Verwahrungsstelle stellen. Nach der Ausführungsverordnung zum Bürgerlichen Gesetzbuch[5]) findet die besondere amtliche Verwahrung bei

[3]) Mot. S. 302.

[4]) Prot. d. 2. Kommission S. 7213, 7214, 1. Entw. § 1935.

[5]) Sächs. AV. z. BGB. § 49 v. 6. 6. 1899.

den Amtsgerichten statt. Zuständig ist das Amtsgericht, dem der Richter, vor dem das Testament errichtet worden ist, angehört, oder in dessen Bezirk der mitwirkende Notar oder im Falle der §§ 2249, 2250 BGB. der Gemeindevorstand oder Gutsbezirksvorsteher seinen Wohnsitz bezw. Amtssitz hat. Auf Verlangen des Testators kann das Testament an ein anderes Amtsgericht zur Verwahrung abgegeben werden. Solange sich die Testamentsurkunde noch im Besitze des Notars oder eines Gemeinde- oder Gutsbezirksvorstehers oder einer Ortsgerichtsperson befindet, liegt eine amtliche Verwahrung somit nicht vor. Da nun für die genannten Personen eine Ablieferungspflicht besteht,[6]) so sind sie nicht berechtigt, einem Verlangen um Rückgabe während der Zeit nachzukommen, wo das Testament sich noch in ihrem Besitze befindet. Sie müssen vielmehr die Urkunde an das zuständige Amtsgericht abliefern, das dann dem Verlangen des Erblassers nachkommen wird.[7]) Ist der Wohnsitz des Testators verschieden von dem Orte der Aufbewahrung, so kann der Erblasser sein Verlangen auch beim Amtsgericht seines Wohnortes stellen, das das über das Verlangen aufgenommene Protokoll dann im Wege der Rechtshilfe weiter an das Verwahrungsgericht sendet.[8])

---

[6]) Sächs. AV. z. BGB. § 50 v. 6. 6. 1899.

[7]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2255 Erl. 3; Wilke Bd. 5 § 2256 Anm. 5.

[8]) FrGG. § 11.

Das Verlangen der Rückgabe kann sowohl mit Bezug auf ein vollwirksames als auch ein bereits in anderer Form widerrufenes Testament gestellt werden. Die Bestimmung des Abs. 2 § 2255 BGB. gilt auch für den Fall, daß das in amtlicher Verwahrung befindliche Testament bereits auf andere Art widerrufen worden oder aus anderem Grunde unwirksam ist. Daß der Erblasser auch im letztgenannten Falle ein Interesse daran hat, daß die Urkunde nicht mehr in der Verwahrung verbleibt, erhellt aus der Rechtsunsicherheit, die bei Vorhandensein mehrerer Testamente entstehen kann,[9]) abgesehen davon, daß es zu einer unnötigen Häufung von Testamentsurkunden führen würde, würden unwiderrufene und widerrufene letztwillige Verfügungen nebeneinander in der amtlichen Verwahrung verbleiben.

Die Rückgabe erfolgt auf Verlangen des Erblassers. Formvorschriften für das Verlangen bestehen nicht. Bedenken dagegen, daß das Verlangen durch einen Dritten als Boten auf Geheiß des Erblassers gestellt wird, liegen nicht vor, falls es sich nur bei dem Verlangen um einen Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Rückgabe des Testamentes handelt. Da nämlich, wie wir noch ausführen werden, die Rückgabe nur an den Erblasser persönlich erfolgen kann, so ist der Verwahrungsbeamte verpflichtet, wenn, wie dies regelmäßig der Fall sein

[9]) Dies wird vor allem der Fall sein, wenn das Widerrufstestament nach § 2254 ein im Gewahrsam des Testators verbliebenes eigenhändiges Testament ist; vgl. Anm. 7 auf S. 26.

wird, die Rückgabe sofort auf das Verlangen hin erfolgt, zu fordern, daß der Verlangende sich als Erblasser legitimiert. Kann der Verlangende sich nicht legitimieren, so ist eine Aushändigung der Urkunde an ihn auch nicht gestattet.[10])

Eine Vertretung im Willen ist bei Stellung des Rückgabeverlangens nach den allgemeinen Grundsätzen über letztwillige Verfügungen unangängig.

Das Verlangen kann vom Erblasser schriftlich gestellt werden. Es entsteht hierbei die Frage, ob vielleicht schon in dem schriftlich gestellten Rückgabeverlangen ein Widerruf des Testamentes liegen kann. Es besteht an sich kein Zweifel, daß das Verlangen der Rückgabe allein ohne jeden Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes ist. Den Widerrufseffekt knüpft das Gesetz erst an die erfolgte Rückgabe. Ist die Rückgabe auf das Verlangen hin nicht erfolgt, so bleibt das Testament vollwirksam. Unter Umständen kann aber das schriftlich gestellte Verlangen doch schon die Unwirksamkeit des Testamentes zur Folge haben. Es ist dies dann der Fall, wenn das Rückgabeverlangen als solches schon als Widerrufstestament formell gültig sein würde, d. h. wenn es den Anforderungen eines in der Form der eigenhändigen Testamente errichteten Widerrufstestamentes des § 2254 BGB. entspricht. Die Frage wird selbst nur brennend werden, wenn die Rückgabe des

---

[10]) Fig. § 15 sächs. AV. z. FrGG. v. 16. 6. 1900.

Testamentes tatsächlich nicht erfolgt ist. Man muß anerkennen, daß dann zwar die Voraussetzungen des Widerrufes nach § 2256 BGB. nicht gegeben sind, daß es sich aber um ein Verlangen handelt, das, abgesehen davon, daß es den formellen Anforderungen eines Widerrufes nach § 2254 BGB. entspricht, zwar den Aufhebungswillen des Erblassers nicht ausspricht, dem die Widerrufsabsicht jedoch im Hinblick auf die Folgen der verlangten, aber unterbliebenen Rückgabe subsumiert werden kann. Es handelt sich bei dieser fingierten Widerrufserklärung in Testamentsform nicht um einen Widerruf nach § 2254 BGB., sondern um einen Widerruf nach § 2254 BGB. in Verb. mit § 2256 BGB. Abs. 1, in dem der Erblasser nur vorsorglicherweise zugleich um Rückgabe der Testamentsurkunde bittet auf Grund des ihm nach Abs. 2 § 2256 BGB. zustehenden Rechtes, die Rückgabe seines Testamentes jederzeit verlangen zu können. In einem reinen Widerruf nach § 2254 BGB. muß der Aufhebungswille ausgesprochen sein.[11])

Ist die Rückgabe an den Erblasser auf sein Verlangen hin erfolgt, so knüpft das Gesetz an die Rückgabe die Wirkung des Widerrufes. Das Gesetz stellt keine Vermutung auf wie in Abs. 2 des § 2255 BGB., sondern es bestimmt positiv, daß das Testament nunmehr so behandelt und angesehen wird, als ob der Erblasser es widerrufen habe. Während eine Vermutung nur

---

[11]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 III, 3.

so lange besteht, als nicht das Gegenteil bewiesen worden ist,[12]) ist es hier unzulässig, den Beweis, der Erblasser habe sein Testament gar nicht widerrufen wollen, zu führen. Hieraus folgt, daß es auf die Wirkung der Rückgabe ohne jeden Einfluß ist, ob der Erblasser den Aufhebungswillen hatte, oder nicht oder ob ihm die Folgen der Rückgabe unbekannt waren. Eine Anfechtung des „Widerrufs" wegen Mangels des Aufhebungswillens — error im Motiv und in negotio — ist ausgeschlossen. Wohl aber ist eine Anfechtung wegen anderer Mängel im Willen möglich. Die Mängel im Willen begründen aber auch nur dann ein Anfechtungsrecht, wenn sie zur Zeit der Rückgabe noch bestehen, wenn also Verlangen und Rückgabe sofort aufeinander folgen oder der Mangel zur Zeit der Rückgabe noch nicht behoben ist. Ist der Mangel behoben, so kann eine Anfechtung damit nicht mehr begründet werden, weil das Verlangen im Zeitpunkte der Rückgabe als wiederholt angesehen werden muß. Das Verlangen ist aber dann nicht mehr vom Mangel im Willen beeinflußt gewesen, und dem Erblasser hätte freigestanden, die Annahme des Testamentes zu verweigern.

Das Gesetz gibt keine besondere Bestimmung darüber, ob der Erblasser bei dem Verlangen zugleich den ihm über das in amtliche Verwahrung genommene Testament erteilten Hinterlegungsschein dem Verwah-

---

[12]) ZPO. § 292.

rungsbeamten abzuliefern hat. Das Fehlen einer Vorschrift deutet darauf hin, daß eine Notwendigkeit nicht besteht. Die Ablieferung des Scheines wird aber wohl im Interesse der Ordnung sein, da im Falle der Verwahrung mehrerer Testamente des Erblassers leicht eine Verwechselung vorkommen kann.

III. Die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser persönlich.

Das vom Erblasser gestellte Verlangen hat die Rückgabe des Testamentes zur Folge. Über die Ausführung der Rückgabe gibt das Gesetz keine besonderen Vorschriften; es überläßt die eingehende Regelung der Landesgesetzgebung. Nur die Frage, an wen die Aushändigung der Urkunde zu erfolgen habe, wird vom Bürgerlichen Gesetzbuche beantwortet. Abs. 2 Satz 2 § 2256 BGB. bestimmt: „Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen“. Die einzelnen Landesgesetze wichen in diesem Punkte voneinander ab. Während z. B. das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch[13]) bereits auf dem Standpunkte des jetzt geltenden Rechtes stand, ließ das allgem. Landrecht[14]) die Rückgabe auch an einen Bevollmächtigten zu.

Die Frage ist in den Kommissionsberatungen des längeren erwogen worden. Zur Ablehnung des Vor-

---

[13]) Sächs. BGB. § 2215.

[14]) ALR. I, 12 § 571

schlages, auch die Rückgabe an einen Bevollmächtigten für zulässig zu erklären, führte vor allem die Erwägung, daß es sich bei der Rückgabe um einen zu wichtigen Akt handele, als daß nicht ein persönlicher Verkehr zwischen Testator und Verwahrungsbeamten gefordert werden müsse. Vor allem wurde auf die bedenklichen Folgen hingewiesen, die die Aushändigung an einen Bevollmächtigten unter Umständen haben könnte. Es wäre nicht undenkbar, daß der gutgläubige Bevollmächtigte erst in einem Zeitpunkte von seiner Vollmacht Gebrauch macht, in dem der Eblasser bereits verstorben ist. An sich würde ja dann die Rückgabe an den Bevollmächtigten, selbst wenn sie zulässig wäre, ohne jeden Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes sein, da dieses ja im Augenblicke des Todes des Erblassers schon Wirksamkeit erlangt hat. Das Bedenkliche hieran ist aber, daß es dem Bevollmächtigten, der die Folgen der Rückgabe nach § 2256 BGB. kennt, nicht verdacht werden kann, wenn er das von ihm nunmehr als unwirksam erkannte Testament als wertloses Papier verbrennt. Der Inhalt des Testamentes kann zwar mit allen Beweismitteln dargetan werden, es wird aber regelmäßig ausgeschlossen sein, ihn im Falle der Vernichtung der Testamentsurkunde festzustellen. Es müßte also, obgleich ein wirksamer letzter Wille vorhanden ist, die gesetzliche Erbfolge eintreten.

Außerdem würde es vor allem dem Wesen einer letztwilligen Verfügung entgegenlaufen, wollte man eine

rechtsgeschäftliche Vertretung bei der Rückgabe zulassen.

Auch im Falle des § 2256 handelt es sich um eine Verfügung von Todeswegen, wenn auch die Wirkung des Widerrufs vom Gesetze nur fingiert wird. Es ist, weil es sich auch um einen „Widerruf" handelt, unbedenklich, in der Inempfangnahme der Urkunde seitens des Erblassers eine stille Widerrufserklärung zu erblicken, die dann analog § 2253 mit § 2064 BGB. nur vom Erblasser persönlich abgegeben werden kann. Die persönliche Inempfangnahme der Urkunde aus den Händen des Verwahrungsbeamten gehört also mit zu den Voraussetzungen für den Eintritt der fingierten Widerrufswirkung. Die Form des Satzes 2 Abs. 2 § 2256 BGB. darf uns, wie schon erwähnt, nicht irre machen. Der Abs. 2 ist nur eine nähere Ausführung des Abs. 1, der an sich selbst schon sagt, daß die Rückgabe an den Erblasser erfolgen solle. Gerade das nochmalige Hervorheben mit den Worten „nur persönlich" bringt zum Ausdrucke, daß hier die Aushändigung an den Erblasser nicht nur durch Ordnungsvorschrift aufgegeben sein soll, sondern daß hier ein Mißgriff im Ausdrucke vorliegt. Wie die Motive deutlich sagen, muß die Rückgabe an den Testator persönlich erfolgen. Wenn der § 2256 BGB. dann eine andere Formulierung erhalten hat, so bedeutet dies keine Meinungsänderung des Gesetzgebers über ein formelles Bedürfnis, sondern nur ein redaktionelles Versehen.

Die von Planck[15]) geäußerte Ansicht, daß dio Aushändigung an den Erblasser persönlich ein Moment sei, das zum wirksamen Widerruf nach § 2256 BGB. gegeben sein muß, und daß der Verwahrungsbeamte im Falle der Behinderung sich zwecks Aushändigung der Urkunde zum Erblasser begeben muß, ist auch unsere Sie findet einen weiteren Stützpunkt in folgender gesetzlichen Vorschrift[16]): „Verlangt ein Erblasser die Rückgabe eines vom Gerichte verwahrten Testamentes..., so soll über ... die Art, wie sich der Richter Gewißheit über die Persönlichkeit des Erblassers verschafft hat..., ein Protokoll aufgenommen werden". Hieraus geht deutlich hervor, wie für die Praxis der § 2256 BGB. aufgefaßt werden soll, nämlich, daß ein persönlicher Verkehr zwischen Erblasser und Richter stattfinden soll.

Sollte die Aushändigung des Testamentes doch an einen Dritten erfolgt sein, so kann der Widerrufseffekt nicht eher eintreten, als bis vom empfangsbereiten Erblasser die Urkunde angenommen worden ist.[17]) Für den Fall, daß der Ort der Aufbewahrung der Urkunde verschieden vom Aufenthaltsorte des Erblassers ist, müssen die Vorschriften über die Rechtshilfe Platz greifen, und

---

[15]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2256 Erl. 2; vgl. auch Hallbauer 2. Aufl. S. 14 S. 46.

[16]) § 15 der AV. z. FrGG. v. 16. 6. 1900.

[17]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 Anm. 14.

die Aushändigung muß durch den Beamten des Gerichts des Aufenthaltsortes erfolgen.

Es erübrigt sich noch, festzustellen, in welchem Zeitpunkte die Widerrufsfähigkeit des Erblassers gefordert werden muß, ob im Zeitpunkt des Verlangens der Rückgabe oder der Rückgabe selbst.

Da es sich um einen Widerruf handelt, kann von vornherein kein Zweifel bestehen, daß die für letztwillige Verfügung im allgemeinen maßgebenden Bestimmungen über Testierfähigkeit in Verbindung mit der Sondervorschrift des § 2253 Abs. 2 BGB. auch im Falle des § 2256 BGB. Platz greifen müssen.

Wir müssen vor allem festhalten, daß der Widerrufseffekt erst im Zeitpunkte der erfolgten Rückgabe des Testamentes an den Erblasser eintritt.

Denn es bedarf keiner Ausführung, daß dieser entscheidende Zeitpunkt auch maßgebend sein muß für die Feststellung der Widerrufsfähigkeit. Folgen, wie dies wohl regelmäßig der Fall sein wird, Verlangen und Rückgabe unmittelbar aufeinander, so kommt eben nur der eine Zeitpunkt dieser zusammenhängenden Rechtsgeschäfte in Frage. Der Richter wird sich, wie er die Legitimation des Erblassers als solchen zu prüfen verpflichtet ist, auch Gewißheit über dessen Widerrufsfähigkeit verschaffen müssen, ehe er ihm die Urkunde aushändigt. Fallen Verlangen und Rückgabe zeitlich auseinander, so wird zumeist im Augenblicke der Rückgabe das Verlangen als wiederholt angesehen werden

müssen, so daß auch in diesem Falle der Moment der Rückgabe in Frage kommt.

Daß das Verlangen nicht als wiederholt angesehen werden kann, wird nur äußerst selten der Fall sein. Einen solchen Fall erwähnt Strohal.[18])

Er nimmt an, daß der Erblasser das Verlangen in einem Augenblick gestellt hat, in dem er nicht widerrufsfähig war, und daß ihm das Testament in einem Zeitpunkt zurückgegeben wird, in dem er zwar widerrufsfähig ist, aber sich in einem Zustand befindet, in dem er die Rückgabe über sich ergehen läßt, ohne sich bewußt zu werden, was ihm zurückgegeben wird. Matthiaß[19]) entscheidet, daß falls die Rückgabe auf das vom Widerrufsunfähigen gestellte Verlangen hin überhaupt erfolgt, das Vorhandensein der negativen Testierfähigkeit im Zeitpunkte der Rückgabe als vollgenügend angesehen werden muß.

Daß der Beamte an sich dem Verlangen des Widerrufsunfähigen nicht nachkommen wird, ist richtig. Strohal formuliert den Fall aber ausdrücklich so, daß das Verlangen vom Erblasser in schriftlicher Form dem Richter zugeht. Es werden ihm beim Lesen des Schriftstücks keinerlei Bedenken aufsteigen, und er wird zur Aushändigung der Urkunde schreiten, bei der er sich erst nach dem Gesetze Gewißheit über die Widerrufsfähig-

---

[18]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 Anm. 16.

[19]) Matthiaß § 133 S. 423 Anm. 1.

keit des Testators verschaffen muß. Die Frage ist nun, ob, wie Matthiaß entscheidet, das bloße Vorhandensein der Widerrufsfähigkeit im Zeitpunkte der Rückgabe genügt.

Das von einem Widerrufsunfähigen gestellte Verlangen ist rechtlich vollkommen irrelevant. Das Verlangen ist nun aber, wie wir feststellten, ein Essentiale des Tatbestands des Widerrufs nach § 2256 BGB. Der Widerrufseffekt kann durch die Rückgabe der Urkunde allein, ohne daß ein Verlangen seitens des Erblassers vorliegt, nicht eintreten. Es ist deshalb unbedingt notwendig, daß das Verlangen im Augenblicke der Rückgabe von dem widerrufsfähigen Erblasser wiederholt wird. Der Erblasser muß zum Ausdrucke bringen, daß er das ihm überreichte Testament als solches erkannt hat, und daß er auch tatsächlich die Aushändigung wünscht. Die Empfangsbereitschaft des Erblassers muß zweifellos festgestellt werden. Ist der Erblasser zwar widerrufsfähig, läßt er aber die Rückgabe ohne Verständnis für den sich abspielenden Akt über sich ergehen, so fehlt es an dem zum Ausdrucke gebrachten Essentiale des Verlangens. Man muß mithin im Einklange mit Strohal im Gegensatz zu Matthiaß entscheiden, daß das bloße Vorhandensein der Widerrufsfähigkeit im Zeitpunkte der Rückgabe keinesfalls als genügend bezeichnet werden kann und als ein Ersatz für „den Mangel des von einem widerrufsfähigen Erblasser gestellten Verlangens der Rückgabe“.

β) Rückgabe nach § 2248 BGB. verwahrter Testamente.

In Abs. 3 des § 2256 BGB. ist bestimmt, daß die Vorschriften des Abs. 2 auch für ein nach § 2248 BGB. hinterlegtes eigenhändiges Testament gelten, d. h. daß der Erblasser die Rückgabe seines Testamentes jederzeit verlangen könne, und daß die Rückgabe nur an ihn persönlich erfolgen soll. Die Rückgabe ist aber in diesem Falle ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes.

Die Einbringung des eigenhändigen Testamentes in die Verwahrung im Sinne des § 2248 BGB. ist eine fakultative Maßnahme des Testators, die völlig außerhalb des Testamentserrichtungsaktes liegt. Es entspricht dem Wesen der Aufbewahrung des § 2248 BGB., daß die Rückgabe keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung haben kann. Daß auch hier das Verlangen des Erblassers Voraussetzung ist dafür, daß der Verwahrungsbeamte zur Aushändigung schreitet, bedarf keiner Ausführung. Daß das Testament nur an den Erblasser persönlich abgeliefert werden kann, ist gerade hier von großer Wichtigkeit deshalb, weil das Testament vollwirksam bleibt. Würde der Richter einem Dritten die Urkunde aushändigen, so besteht Gefahr, nicht insofern, als dieser Dritte das Testament nicht an den Erblasser abliefert oder bei sich selbst aufhebt, sondern weil das Testament vielleicht eine ihm ungünstige Bestimmung enthält, zerreißt oder sonstwie vernichtet.

Das gleiche gilt auch, falls ein nach § 2250, 2251 errichtetes Testament oder ein privilegiertes Militärtestament in amtliche Verwahrung eingebracht wird.[20])

Die Bestimmung des Abs. 3 § 2256 BGB. hat zu einer wichtigen Frage geführt, die von Strohal[21]) im Gegensatz zu den anderen Schriftstellern, die sich mit ihr beschäftigen, beantwortet wird. Planck, Cosack, Böhm, Dernburg[22]) und viele andere nehmen folgenden Standpunkt ein:

Ein nach §§ 2238, 2246 BGB. zur amtlichen Verwahrung gebrachtes eigenhändiges Testament kann nach der Rückgabe an den Testator nicht mehr als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden. Da ein Testament nicht die Eigenschaften eines öffentlichen und privaten in sich vereinigen kann, ist das Testament, auch wenn es vom Erblasser als eigenhändiges errichtet und zur größeren Sicherheit oder wegen Ortsüblichkeit die weiteren Solennitäten vorgenommen worden sind, zum öffentlichen, und zwar nur zum öffentlichen geworden. Demgegenüber sagt Strohal a. a. O., daß diese Entscheidung eine willkürliche, gesetzlich unbegründete sei. Wie der Erblasser jederzeit im überreichten

---

[20]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2256 Erl. 5 und Meischeider S. 548; RMG. v. 2. 5. 1874 § 44 Nr. 4.

[21]) Strohal 3. Aufl. Bd. 1 § 42 Anm. 18.

[22]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2256 Erl. 5; Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358 Anm. 9; Böhm 2. Aufl. S. 201 Anm. 1; Dernburg § 30 V.

Testamente bestimmen könnte, daß sein Testament im Falle der an ihn erfolgten Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung als eigenhändiges fortbestehen solle und dieser Bestimmung Rechnung getragen werden müßte — da sich im Gesetze keine widersprechende Bestimmung finden lasse —, so müsse auch zugegeben werden, daß das als eigenhändiges errichtete und nur mit Rücksicht auf die Sicherheit oder etwaige Ortsüblichkeit nach §§ 2238, 2246 BGB. übergebene Testament nach der Rückgabe fortbestehen müsse; denn es sei der Wille des Erblassers maßgebend.

Es ist richtig, daß der Wille des Erblassers dahin geht, ein als eigenhändiges schon vollgültiges Testament durch Einbringung in die amtliche Verwahrung nach Maßgabe der §§ 2238, 2246 BGB. in seinem Bestande zu sichern, oder daß die Einbringung nur mit Rücksicht auf Ortsüblichkeit erfolgt sein soll. Es ist aber nicht zu verkennen, daß es sich nach der Übergabe nur noch um ein Testament nach § 2238 BGB. handelt. Der Wille des Erblassers, seinem Testamente zur größeren Sicherheit noch die Eigenschaft eines öffentlichen zu geben unter Beibehaltung der Eigenschaft als eigenhändiges, ist unerheblich, wenn er auch im Testamente selbst ausgesprochen ist. Es kommt nur noch der Akt in Frage, der sich vor dem Richter abspielt. Es ist unangängig, die Doppeleigenschaft eines Testamentes als privates und öffentliches zu konstruieren. Das Testament ist durch die Solennitäten nach §§ 2238,

2246 BGB. zum öffentlichen, und zwar nur zum öffentlichen geworden. Das Gesetz hat ja dem Erblasser ausdrücklich die Möglichkeit gegeben, sein eigenhändiges Testament ebenfalls in eine amtliche Verwahrung zu bringen, nämlich die des § 2248 BGB., die die Sicherheit des Testamentes in gleicher Weise garantiert wie die Beobachtung der Vorschriften der §§ 2238, 2246 BGB. Man muß aus dem Umstande, daß die Vorschrift des § 2248 in das Gesetz aufgenommen worden ist, notwendigerweise den Schluß ziehen, daß nur im Falle der Verwahrung nach § 2248 BGB. die Eigenschaft als eigenhändiges Testament erhalten bleiben soll, während der Testator bei Übergabe nach § 2238, 2246 BGB. wohl oder übel auf die Eigenschaft seiner letztwilligen Verfügung als Privattestament verzichten muß. Wird das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen, so schlägt die Bestimmung des § 2256 Abs. 1 BGB. ein. Wir haben schon darauf hingewiesen, daß es auf den Mangel des Aufhebungswillens bei dem Widerrufe nach § 2256 BGB. gar nicht ankommt. Selbst der entgegenstehende Wille ist unbeachtlich. Der Widerrufseffekt tritt ein, gleich auf Grund welcher Erwägungen der Erblasser sein Testament zurückverlangt.[23])

[23]) Es mag hier erwähnt sein, daß in der Praxis das Testament, das der Erblasser, da er ja die Absicht hat, es als eigenhändiges fortbestehen zu lassen, aufbewahrt haben wird, oft vollzogen werden wird. Es wird sich für den Fall, daß Umschlag und das

Küntzel[24]) spricht sich dahin aus, daß, falls ein eigenhändiges Testament doch einmal „mißbräuchlich“ unter Beobachtung der Bestimmungen der §§ 2238, 2246 BGB. zur amtlichen Verwahrung gebracht worden ist, eine demnächstige Rückgabe nach § 2256 Abs. 3 BGB. zu beurteilen sein müßte. Die aus dem Wortlaute des § 2256 BGB. hervorgehende Schwierigkeit, die Strohal erblickt, besteht also für Küntzel nicht. Auch dieser Entscheidung kann man sich gleich der Strohals u. E. nicht anschließen.

Die Vorschriften des § 2256 BGB. finden auch Anwendung auf ein vor dem 1. 1. 1900 hinterlegtes öffentliches bezw. privates Testament, das nach diesem Zeitpunkte vom Erblasser zurückgenommen wird.[25])

Protokoll vernichtet worden sind, schwerlich später feststellen lassen, daß gerade das vorgefundene Testament das damals zur Verwahrung gegebene und später zurückgenommene Testament ist. Das über die Rückgabe aufgenommene Protokoll (§ 15 AV. z. BGB. v. 16. 6. 1900) besagt nur, daß ein öffentliches Testament zurückgegeben worden ist. Mag man nun annehmen, daß das öffentliche, zurückgegebene Testament, denn darüber wird das Protokoll nichts sagen, vor oder nach dem aufgefundenen holographen Testamente errichtet worden ist, auf jeden Fall so viel geht aus dem Protokoll hervor, daß es als widerrufen gilt. Es wird sich also kaum nachweisen lassen, daß das vorgefundene Testament das ehemals öffentliche, durch Rückgabe unwirksam gewordene Testament ist.

[24]) Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 601 ff.

[25]) Art. 214 EG. z. BGB.

Der Widerrufseffekt tritt im Augenblicke der Rückgabe der Urkunde an den Erblasser ein.

Ein Widerruf des Widerrufes nach § 2256 BGB. ist nicht möglich.

c) Der Widerruf des Widerrufs.

1. Einleitung.

§ 2257 BGB. besagt: „Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre".

Der 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatte eine Herstellung der widerrufenen Verfügung durch Widerruf des Widerrufs verworfen, wofür folgende Gründe maßgebend waren:

Wir wiesen schon oben[1]) darauf hin, daß der Widerruf eigentlich eine letztwillige Verfügung im engeren Sinne nicht ist, da er nicht erst im Augenblicke des Todes des Erblassers Wirkungen äußert, sondern an sich sofort wirkt. Von dieser Erwägung ausgehend, sagen die Motive,[2]) daß es also unmöglich ist, daß der Widerruf des Widerrufs die ursprüngliche Verfügung, die im Augenblicke des ersten Widerrufs aufgehört hat, zu existieren, wieder zur Geltung bringen könne. Weiter erklären es die Motive für unzulässig, den Widerruf des

[1]) S. 12 ff.

[2]) Mot. S. 298, 299, 305.

Widerrufs etwa in eine positive Verfügung umzudeuten, die die erste Verfügung wieder zur Geltung bringe. Eine solche Umdeutung müsse notwendig zu dem Mißgebilde des testamentum mysticum führen. Es würde an einem klaren, deutlichen Willensausdrucke fehlen, wollte man den Widerruf des Widerrufs in eine Verfügung umdeuten, die ihren positiven Inhalt einem zumeist nicht einmal in Bezug genommenen Testamente entlehnt. Es müsse aus dem Grunde abgelehnt werden, eine an so bedenklicher Unvollkommenheit und Undeutlichkeit leidende Erklärung durch das Gesetz zu sanktionieren.

Die 2. Kommission[3]) hat trotz dieser Bedenken, die auch sie für berechtigt hielt, doch die Vorschrift des § 2257 in das Gesetz aufgenommen, und zwar lediglich mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis. Ursprünglich war nur beantragt worden, die Vorschrift in dem Umfange aufzunehmen, daß der Widerruf des Widerrufs als Wiederherstellung der ursprünglichen Verfügung nur dann gelten solle, wenn die Urkunde, die die widerrufene letztwillige Verfügung enthält, in amtlicher Verwahrung verblieben sei. Geltend gemacht wurde hierfür, daß der Erblasser regelmäßig den Willen haben würde, die in amtlicher Verwahrung verbliebene letztwillige Verfügung wieder zur Geltung zu bringen. Die 2. Kommission erweiterte diese Bestimmung einem anderen Vor-

[3]) Prot. der 2. Kommission S. 7211, 7212, 7213.

schlage entsprechend auch auf nicht in amtlicher Verwahrung befindliche Testamente im Hinblick auf die Unzuträglichkeiten, zu denen die enge Fassung des ersten Vorschlags führen würde. Voraussetzung sei allerdings, daß der Widerruf des Widerrufs nach den §§ 1933—1935 des 1. Entw.[4]) erfolgt sei.

Es sei unangängig, nur aus dem Grunde ein beim Tode des Erblassers vorhandenes unversehrtes eigenhändiges Testament für unwirksam zu erklären, weil feststehe, daß der Erblasser irgend einmal einen später widerrufenen Widerruf des Testamentes niedergeschrieben habe. Auch könne es nicht einleuchten, warum zwar eine erfolgreiche Anfechtung des Widerrufs die ursprüngliche Verfügung wieder zur Geltung bringe, dem ausdrücklichen Widerrufe des Widerrufs aber diese Wirkung abgesprochen würde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit dieser Bestimmung schon einen Vorgänger im gemeinen Rechte[5]) gehabt, jedoch dort mit dem Unterschiede, daß nur für den Fall, daß das Widerrufstestament in der Absicht vernichtet worden ist, die ursprüngliche Verfügung wieder wirksam werden zu lassen.

Auch das allgem. Landrecht enthielt eine entsprechende Bestimmung.[6])

---

[4]) BGB. §§ 2254—2256.

[5]) Kipp zu Windscheid 9. Aufl. Bd. 3 § 565 Anm. 7; l. 11 § 2 i. f. Dig. 37, 11.

[6]) ALR. 1, 12 § 565.

Bedenken gegen die Aufnahme der Bestimmung ins Gesetz werden kaum auftauchen können, da sie lediglich den Fall im Auge hat, daß der Widerruf der letztwilligen Verfügung durch Testament erfolgt ist.[7]) Ist der Widerruf nach § 2255 oder § 2256 BGB. erfolgt, so findet die Bestimmung keine Anwendung. Durch Zusammenkleben der zerrissenen Testamentsurkunde oder durch Wiedereinbringung der zurückgegebenen in die amtliche Verwahrung kann ein Testament nicht wieder wirksam werden.[8])

2. Anwendungsfälle.

§ 2257 findet nur Anwendung, wenn sich die widerrufene letztwillige Verfügung noch unversehrt im Besitze des Erblassers oder in amtlicher Verwahrung[9]) befindet. Die Existenz eines formellgültigen Testaments wird vorausgesetzt. Eine versehentliche Vernichtung der Testamentsurkunde hindert natürlich die Anwendung des § 2257 BGB. nicht.[10])

Eine andere Frage ist, ob die Bestimmung Platz greifen kann, wenn der Erblasser das nach § 2254 BGB.

---

[7]) BGB. § 2254.

[8]) Cosack 3. Aufl. Bd. 2 § 358 I, 2 b, 3 b; Meyer § 49, 1 c; Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2255 Erl. 4, § 2256 Erl. 6; Böhm 2. Aufl. S. 201 Anm. 2; Meischeider S. 550, 551 und andere mehr.

[9]) Sowohl der des § 2246 als des § 2248 BGB.

[10]) s. oben S. 49, 50.

widerrufene Testament nachträglich noch vernichtet hat[11]) oder aus der amtlichen Verwahrung genommen hat.[12]) Die Frage wird von Planck-Ritgen und Frommhold[13]) mit Recht aus folgenden Gründen verneint. Wenn auch das Testament schon durch den Widerruf nach § 2254 widerrufen worden ist, so lassen doch das Vernichten desselben oder die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung eine Fortdauer des Widerrufswillens erkennen. Es liegt also formell ein nochmaliger Widerruf der letztwilligen Verfügung vor, und zwar in Formen, die die Anwendung des § 2257 BGB. ausschließen. Auch setzt ja § 2257 BGB., wie wir schon sagten, voraus, daß das Testament, das wiederhergestellt werden soll, noch formell gültig, existiert, da das Testament „wieder wirksam werden soll", es also auch notwendig ist, daß es auch tatsächlich wiederaufleben kann. Die materielle Wirksamkeit, die der Widerruf des Widerrufs dem ursprünglichen Testamente wieder verleihen soll, ist abhängig von dem formell wirksamen Bestande der ersten Verfügung. Den formellen Bedürfnissen ist aber im Falle der Vernichtung oder Rücknahme nicht mehr entsprochen.

3. Form.

Für die Form, in der der Widerruf des § 2257 BGB. zu erfolgen hat, hat das Gesetz eine bestimmte Wider-

[11]) § 2256 BGB.

[12]) § 2255 BGB.

[13]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2257 Erl. 1; Frommhold § 2258 Anm. 2.

rufsform nicht verlangt. Es kann somit in den drei Formen der §§ 2254—2256 erfolgen. Es wird sich empfehlen, die Auswahl der Form nach Maßgabe des Falles zu treffen. Ist z. B. ein öffentliches Testament durch ein weiteres öffentliches Testament widerrufen worden, so würde es zu einer unnötigen Häufung von Testamenten führen, wollte man auch für den Widerruf des Widerrufs eine ordentliche Testamentsform wählen. Hier würde die Rücknahme des den Widerruf enthaltenden Testamentes am zweckmäßigsten sein.

4. Inhalt.

Der Inhalt des Widerrufs nach § 2257 BGB. wird sich wohl zumeist auf den ganzen Inhalt des Widerrufstestamentes beziehen und so bewirken, daß die ganze ursprüngliche Verfügung wieder wirksam wird. Soweit sich die Schriftsteller überhaupt mit der Frage beschäftigen, wird allgemein anerkannt, daß der Widerruf den früheren Widerruf auch mit Beziehung auf einzelne Bestimmungen der früheren letztwilligen Verfügung bestehen lassen oder nur einzelne Bestimmungen des Widerrufstestamentes widerrufen kann, und daß dann auch nur die Wirksamkeit nur eines Teiles des ursprünglichen Testamentes wiederhergestellt wird.

Eine Meinungsverschiedenheit besteht aber darüber, ob der Erblasser zwar die widerrufende letztwillige Verfügung widerrufen, die gesetzliche Folge des § 2257 aber ganz ausschließen kann. Von Staudinger, Müller-

Meikel und Peiser[14]) wird ein diesbezüglicher Wille des Erblassers — er braucht sich auch nur aus den Umständen zu ergeben — für beachtlich erklärt, während Planck-Ritgen[15]) die Wirksamkeit einer auf den Ausschluß der Folgen des § 2257 hinzielenden Bestimmung bestreitet. Während Müller-Meikel und Peiser sich darauf beschränken, die Tatsache festzustellen, stützt Staudinger seine Entscheidung darauf, daß sie eine Konsequenz der auch von Planck[16]) zugestandenen Möglichkeit sei, Bestimmungen über den „Umfang" des Widerrufs zu treffen. Der Wille des Erblassers sei maßgebend.

Planck hingegen weist darauf hin, daß es sich in § 2257 BGB. um keine bloße Dispositivnorm handele. Die in den Protokollen[17]) niedergelegte Auffassung des Gesetzgebers, der allerdings dem Erblasser die Befugnis einer Ausschließung des Wiederwirksamwerdens der ersten Verfügung zugestehe, sei unzutreffend.

Daß die Fassung des § 2257 die in ihm enthaltene Bestimmung als jus cogens und nicht als bloße Dispositivnorm erscheinen läßt, ist richtig. Würde der Gesetzgeber noch hinzugefügt haben „falls der Erblasser nicht anders bestimmt", so hätte kein Zweifel über den Cha-

---

[14]) Staudinger 2. Aufl. Bd. 5 Ausführungen zu § 2257 Müller-Meikel 2. Aufl. Bd. 2 S. 461; Peiser § 8 IV, 1.

[15]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 § 2257 Erl. 3.

[16]) Planck-Ritgen 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 a. a. O.

[15]) Prot. der 2. Kommission S. 7213.

rakter der Bestimmung entstehen können. Wenn nun aber einmal in den Protokollen, die zur Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen von größtem Werte und unbedingt beachtlich sind, dem Erblasser die Freiheit der Ausschließung der Wirkung des § 2257 BGB. zugestanden wird, so muß man doch wohl die Intention des Gesetzgebers über die von ihm gewählte redaktionelle Fassung setzen. Daß die vom Gesetzgeber anerkannte Wirksamkeit des ausdrücklich oder aus den Umständen hervorgehenden Willens des Erblassers, die frühere Verfügung nicht wieder zur Geltung zu bringen, den Vorschriften über den Widerruf nicht zuwiderläuft, erhellt aus folgendem:

Planck gesteht ausdrücklich zu, daß der Erblasser über den „Umfang des Widerrufes Bestimmungen treffen kann. Dies entspricht der Vorschrift des § 2253 BGB., die auf § 2257 BGB. ebenfalls Anwendung findet.[18]) Wenn aber einmal feststeht, daß der „Umfang" des Widerrufes dem Willen des Erblassers unterliegt, so kann auch kein Zweifel mehr bestehen, daß der Erblasser die gesetzliche Folge des § 2257 BGB. überhaupt ausschließen kann.

Außerdem ist die nach dem Widerrufe des Widerrufs wiederhergestellte letztwillige Verfügung wiederum den Bestimmungen der §§ 2253ff. BGB. unterworfen.

---

[18]) § 2253 Abs. 1 bestimmt ausdrücklich: Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testamente enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden.

Es will nicht einleuchten, warum dem Erblasser nicht die Möglichkeit zustehen soll, gleichzeitig mit dem Widerruf des Widerrufes seinen Willen betreffs der Wirksamkeit der ursprünglichen Verfügung Ausdruck zu verleihen. Es ist in der Erklärung des Erblassers, daß das Testament nicht wiederhergestellt werden solle, nur ein gleichzeitig mit dem Widerrufe des Widerrufes verbundener nochmaliger Widerruf des ursprünglichen Testamentes zu erblicken. Ein solcher Fall wird allerdings selten vorkommen, daß der Erblasser mit dem Widerrufe des Widerrufes nicht die Wiederherstellung der ursprünglichen Verfügung bezwecken und beabsichtigen wird.

Der durch Testament erfolgte Widerruf des Widerrufs kann seinerseits wieder widerrufen werden, was zur Folge hat, daß die wiederhergestellte Verfügung als wiederum widerrufen gilt. Soweit die einzelnen Widerrufserklärungen sich aufeinander beziehen, heben sie sich gegenseitig auf.

Die Bestimmung des § 2257 BGB. hat auch Geltung für den Widerruf eines vor dem 1. 1. 1900 errichteten Widerrufstestamentes.

IV. Schlußwort.

Es hat sich im Laufe unserer Abhandlung herausgestellt, daß die Bestimmungen über den Widerruf des Testamentes, die nur einen ganz geringen Teil der erbrechtlichen Vorschriften ausmachen, zu zahlreichen Kontroversen Anlaß gegeben haben. Es wird Aufgabe einer Neuredaktion des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein, durch deutlichere und vollkommenere Fassung der Bestimmungen Unklarheiten zu beseitigen. Die jetzige Fassung läßt die von Dernburg im Vorworte seines „Deutschen Erbrechts“ [1]) aufgenommenen Worte nicht unberechtigt erscheinen:

„Endliche Fertigstellung des Werkes wurde ein stetiges, heftigeres allgemeines Verlangen. Als man zum letzten, schwierigsten Teil, dem Erbrecht, gelangte, war es unwiderstehlich. Wie könnte auffallen, daß unter solchem Drucke manches Improvisierte, wenig Ausgetragene Aufnahme fand.

[1]) Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs u. Preußens Bd. 5 S. 6.

Spzialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.